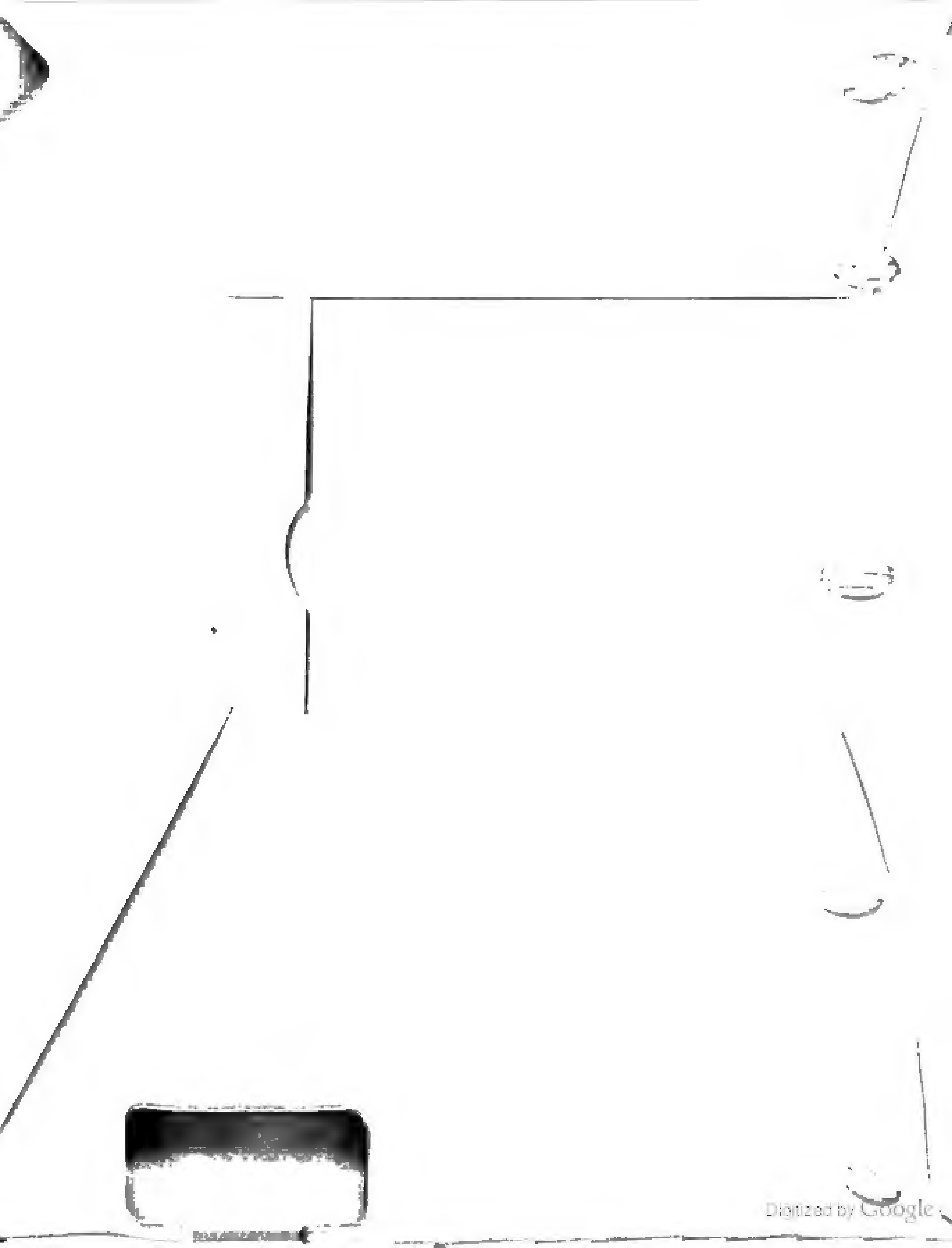
JOANNIS STRAUCHII DISSERTATIONES AD JUS JUSTINIANIUM PRIVATUM UNA CUM CHRISTIANI...

Johann Strauch, Ephraim Gerhard


Digitized by Google

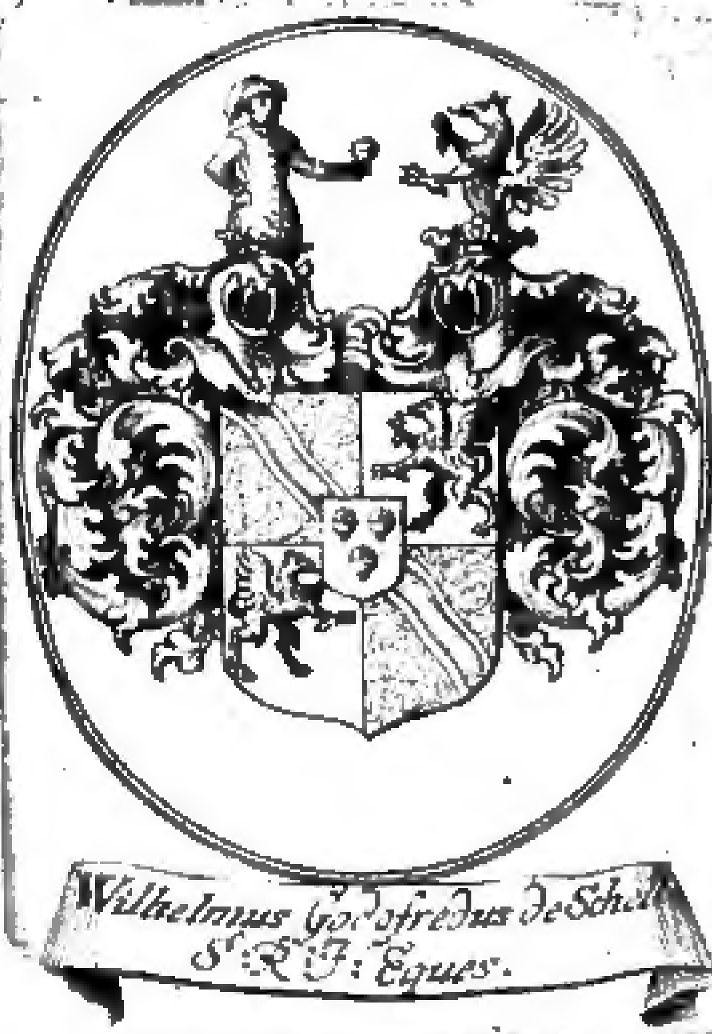


Digitized by Google

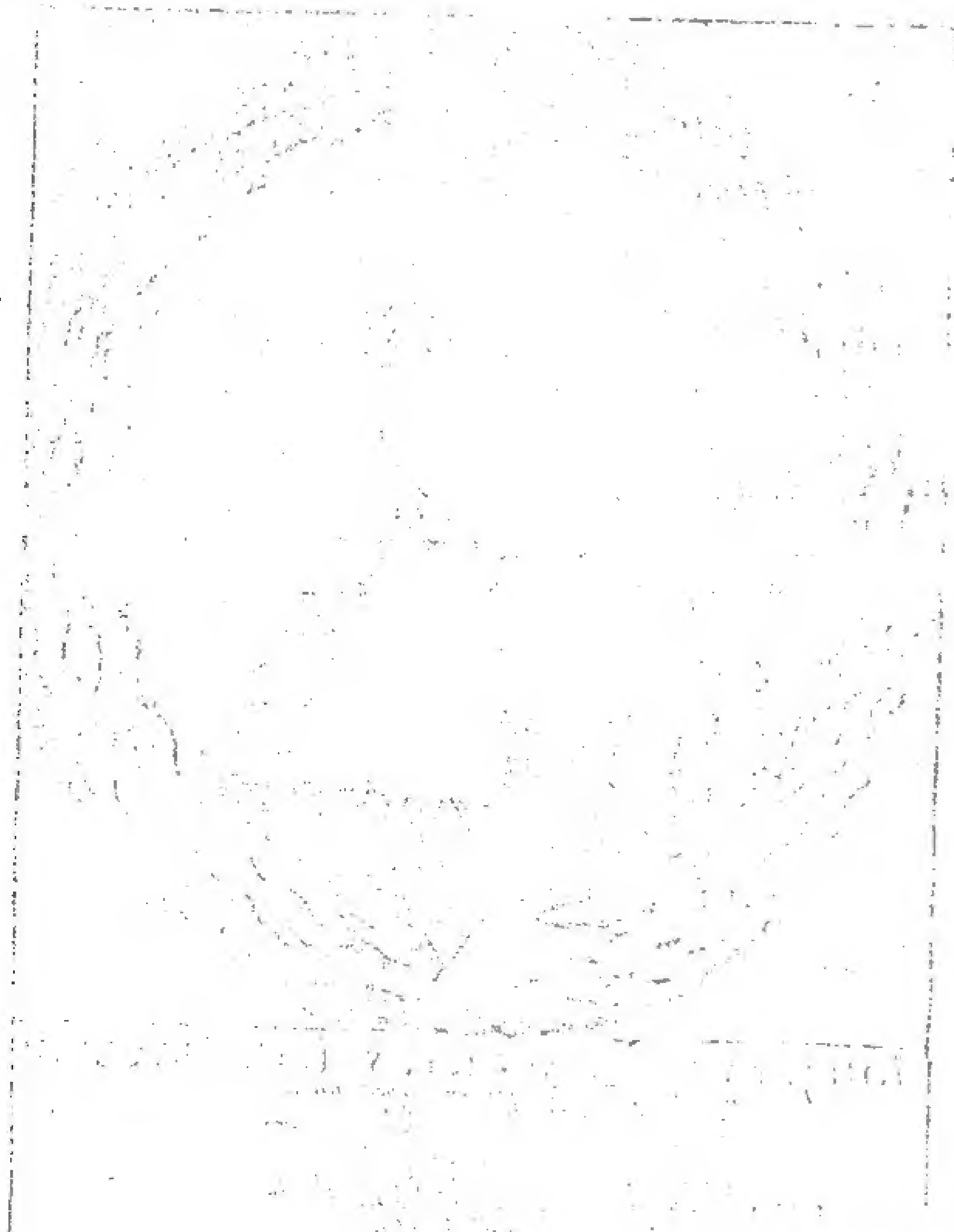
9.2.86

Digitized by Google

EX MUNIFICENTIA
FERDINANDI III. M. E. D.
DIE 3. JUNII 1791.



Digitized by Google





IOHANNES STRAUCHIUS I.U. DOCTOR

Exemplar variæ Themidos Studiiq. quod unquam
Vendidit humano Musa labore, vides
Archetypon mens ipsa Viri est, namq. omnia grandi
Continet ingenio STRAUCHIUS ista suo.

Illustri: Icto
Consiliario Hassiaco ac Saxonico, Academiæ
Gissenæ ProCancellario et Professor primario
Doctori ac Patrono optimo
Scrib.
Io. Georgius Kulpis
Iur. Licent.

Giess. d. XII. Id. May.
A. CIↃIↃCLXXIX.

Digitized by Google

JOANNIS STRAUCHII
DISSERTATIONES
AD
JUS JUSTINIANIUM
PRIVATUM

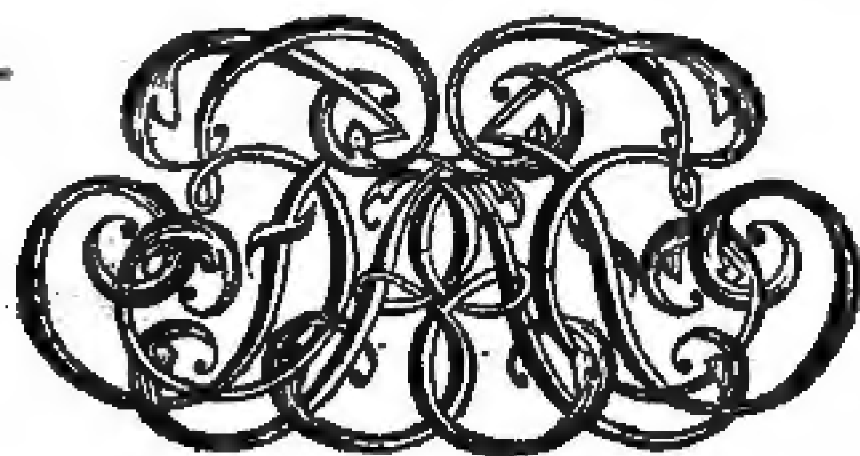
UNA CUM

CHRISTIANI THOMASII
ANNOTATIONIBUS THEORICO-PRACTICIS

ACCESSIT
HUIC EDITIONI
LAURENT. ANDR. HAMBERGERI
DE VITA STRAUCHII NARRATIO

ADJECTI QUOQUE SUNT
VARII INDICES

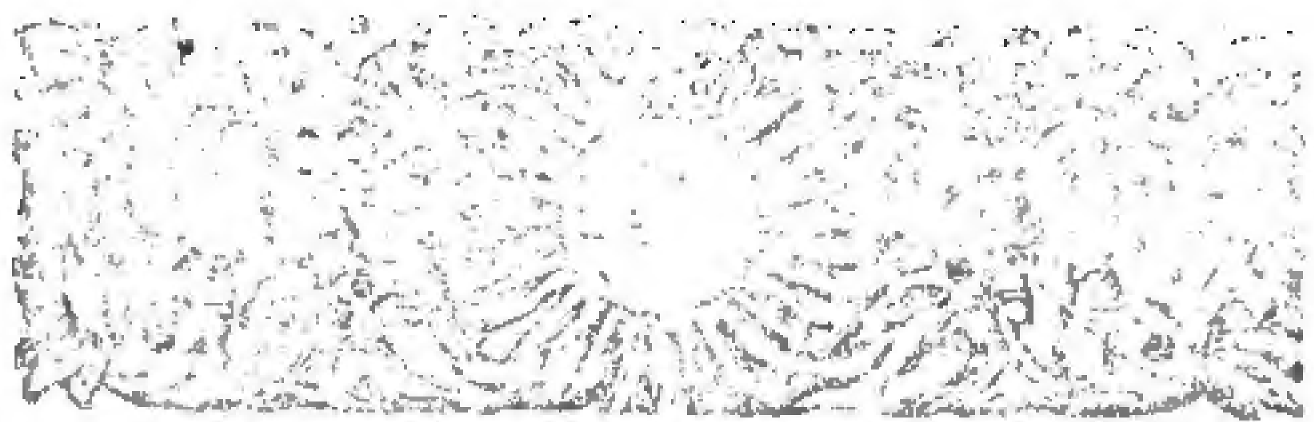
CURANTE
EPHRAIMO GERHARDO D.
INST. IMPERIAL. IN ACAD. ALTORFFIN. P.P.





JENÆ, M DCC XVIII
APUD JOHANN. BERNHARD. HARTUNG.
BIBLIOPOL. AUL. ISENAC.

Digitized by Google



[illegible] atque Celsissimo Principi ac Domino,

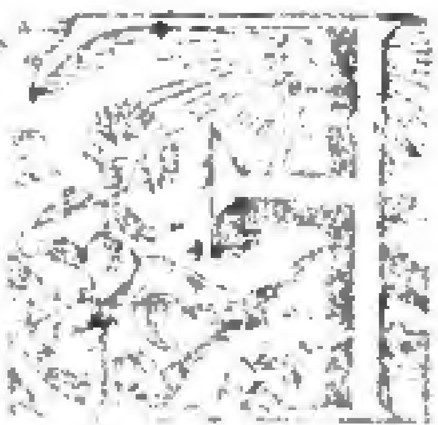
DOMINO

FRIDERICO,

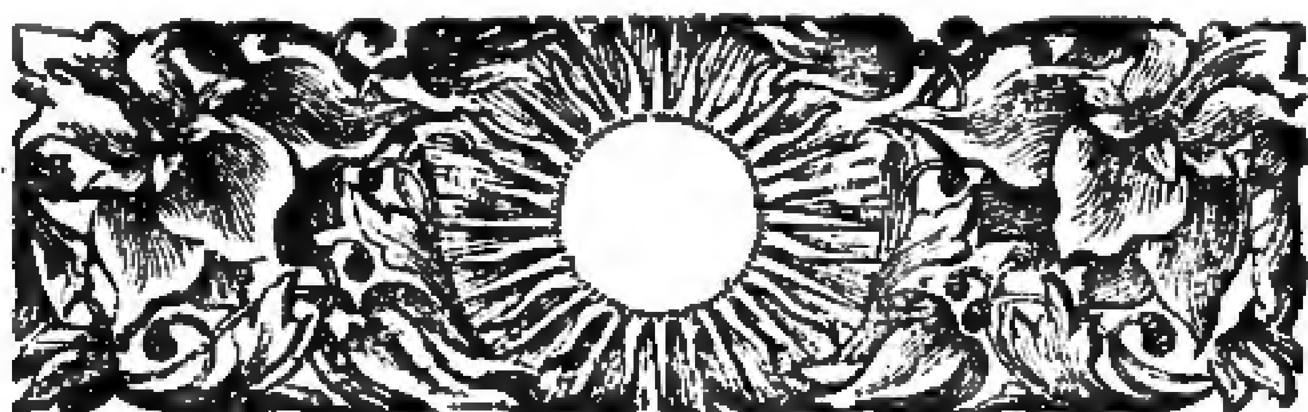
Duci Saxoniæ, [illegible] Cliviæ ac Montium, Landgravio Thuringiæ, [illegible] Misniæ, [illegible] Comiti [illegible] Domino [illegible] &c. &c.

PRINCIPI AC DOMINO MEO CLEMENTISSIMO,

[illegible] PERENNEM!



Est multa in diversis artibus partes [illegible] quod [illegible] re solent, [illegible] quo maius accuratius, perfecte & absolute [illegible] tamen [illegible] impedimento [illegible] certo [illegible] Atque



Illustrissimo atque Celsissimo Principi ac Domino,

DOMINO

FRIDERICO,

Duci Saxoniæ, Juliaci, Cliviæ ac Montium, Landgravio Thuringiæ, Marchioni Misniæ, Principalis dignitatis Comiti Hennebergæ, Comiti Marcæ & Ravensbergi, Domini Ravensteinii, &c.

PRINCIPI AC DOMINO MEO CLEMENTISSIMO,

FELICITATEM PERENNEM!



Tsi multa in diversis artibus pariter ac scientiis quam vehementissime obstare solent, Princeps Clementissime, quo minus accurate, perfecte & absolute addiscantur; a diffusa tamen prolixaque rerum tractatione maximum impedimentum adferri certo certius est. Atque

Digitized by Google

ut cæteras nunc quidem omittam, si cuiquam alii, certe ei, quæ bonum & æquum profitetur, disciplinæ, nil damnosius, pene dixerim pestilentius obtingere potuisset, quam quod tot diffusi, abstrusi, & simul inutilissimi sæpe commentarii in eam compositi reperiantur. Quo magis igitur infinitorum fere librorum mole sincerissima Juris prudentia nostra contaminari incipit; eo ardentius Juris Doctores & Professores id agere debent, ut pro divinæ illius disciplinæ splendore, dignitate & incolumitate conservanda concinnæ & convenienti brevitati & puritati studeant. Quod & ego, officio meo sic postulante, non semel mecum expendi & hac in parte aliquid præstandum mihi esse putavi. Nam, ex quo post depositam in patria Academia docendi, ut & Syndici molestam provinciam, singulari nec unquam satis prædicanda clementia & benignitate tum Serenissimi Dni. Parentis, tum cæterorum Serenissimorum Principum Saxoniæ, &c. Dominorum meorum Clementissimorum, ad spartam Professoriam, in celeberrima Academia hac, sum vocatus: omnem lapidem movi, ut nihil omitterem eorum, quæ ad tradenda solida juris civilis fundamenta pertinere possent. Quocirca uti publice ad regulas Juris, prælectiones quasdam habui; ita privatim non solum ad D. Bernhardi Sutholti Dissertationes disputando, & institutiones Juris theoretice & practice explicando, sed & difficillimos Hugonis Grotii de Jure Belli & Pacis extantes libros illustrando, & examinando partibus meis fungi sum

con-

Digitized by Google

commissus. Sane in eo præcipue fui, ut Auditoribus meis brevem aliquam, intricatum jus nostrum, cum controversiis suis infinitis fere, addiscendi viam monstrarem. Quibus melius profecto consulere non potui, quam si his ad perlegendas STRAUCHIANAS DISSERTATIONES autor, elegantissimam earum methodum commendarem. Quandoquidem autem non deerant, qui obscuras eas esse & intricatas, mendose etiam excusas, quererentur, aliamque earum editionem expeterent; boni publici amore ardentissimo percitus, eas aggredi, ac prævia cum autore communicatione, DEO DUCE, sub incudem revocare cœpi. Quo vero cum Auditores mei dilectissimi, tum alii legalis scientiæ Studiosi hoc opere tanto majore cum fructu uti possent, in edendo eo nulli labori peperci, sed ita me gessi, ut ex eo ad Legum Cupidis solida juris principia facile perceptum iri non dubitem. Quæ nunc, Clementissime Princeps, non jactandæ alicujus industriæ causa, sed ut gesti muneris rationem redderem, percensere volui. Cæterum, dum hæc ago, Academicisque exercitiis, quibus me totum addixeram, intentus sum, a Serenissimo Dn. Parente, Principe & Domino meo Clementissimo, nihil tale opinans, ad Consiliarii munus, sine ullis meritis meis, vocor. Quæ gratia utpote immensa & incomparabilis, quemadmodum infixa atque insculpta quasi animo meo semper erit, ita felicissimum me esse prædico, quod, cum vita alia sequenda sit, Deo arbitro, in eam regionem me conferam, qua in

summa

summa pietas viget, quaque tanta est juris justitiæque æquabilitas, ut quamlibet inops, tenuissimæque fortunæ homuncio, jus suum in æquales suos, imo potentiores quosque, brevissima via obtineat. Auxit felicitatem meam, quod Illustrissimæ Celsitudinis Vestræ singularem gratiam cum admirabili facilitate & divina humanitate conjunctam experiri præsenti mihi nuper contigerit: Qui igitur Serenissimo Dn. Parenti pro innumeris beneficiis æternum obstrictus & devinctus sum; & Vestræ Illustrissimæ Celsitudini pro singulari illa clementia ad quævis servitia arctissime me obligatum esse sentio. Neque quidquam magis in optatis meis est, quam occasionem aliquam mihi suppeditari, devotissimæ servitutis meæ argumentum præbendi. Quoniam vero nihil habeo quod V. Illustriss. Celsitudini offerre queam, ideo interea devotissima mente Dissertationes has sisto, submisse obsecrans, Vestra Illustrissima Celsitudo eas, ut singularis subjectionis meæ tesseram, accipere haud dedignetur. Quod reliquum est, D. O. Maximum calentibus suspiriis oro, ut Vestræ Celsitudini prosperos etiam supra vota successus largiatur, eandemque quam diutissime incolumem perpetuoque felicem servet ac tueatur. Jenæ, d. 26. Februarii, Anno post natum Christum, Redemtorem nostrum, M. DC. LXVI.

V. ILLUSTRISSIMÆ CELSITUDINIS

subjectissimus & humillimus minister

JOH. JACOB. AVIANUS, D.

JOH.

JOHAN. JACOBI AVIANI,

J. U. D.

ET HACTENUS IN ALMA SALANA PROFESSORIS PUBLICI, NUNC IN AULA SAXO-GOTHANA DESIGNATI CONSILIARII,

AD

BENEVOLUM LECTOREM

PRÆFATIO.

EXbibeo tibi, nunc, Lector Benevole, summi Viri, D. JOHANNIS STRAUCHII, JCti, Dissertationes undetriginta, ad universum Jus Justinianum privatum conscriptas, quæ, ut non solum dicendi genere, sed & artificiosa judiciosaque rerum tractatione, veteris illius & purioris Jurisprudentiæ succum optime sapiunt; ita præter genuina Juris fundamenta, tum res controversas potiores, tum receptas fori hodierni sententias mira brevitate comprehendunt, paucisque verbis, quæ aliorum tædiosis & prolixis commen-

Digitized by Google

tariis corrogata reperiuntur, affabre exprimunt. Quas ea de causa & semper in deliciis habui & occasionem exoptavi insignem illarum usum ut Legum Studiosis, ita inprimis auditoribus meis ostendendi. Quapropter, consensu atque voluntate Auctoris, Doctoris mei semper honorandi, novam editionem ab illo ipso multis in locis auctam & Brunsviga huc transmissam diligenter summaque cura perlegi, leges & auctores citatos excussi, lubricæ lectionis loca probe distinxi, notisque marginalibus, quasi commentatiunculis quibusdam, studiose illustratas, excitatissimis optimisque ingeniis Respondentium vices subeuntibus, non sine ingenti labore, peculiari Dei gratia adjutus, publico in Auditorio, intra septem menses, propugnavi. Has, Benevole Lector, accipias, meumque in bonum publicum affectum æqui bonique consulas, officiose & decenter rogo. Illud moneo, quod certissima spes me alat, fore, ut si attentius paulo & considератius, non ut historiam quandam, aphorismos hosce lectitaveris, haud parum utilitatis inde haurire possis. Vale & his meis conatibus fave! Dab. raptim Jenæ d. 24. Febr. 1666.

INDEX DISSERTATIONUM, ET *CATALOGUS* DOMINOR. RESPONDENTIUM, QUI HAS STRAUCHIANAS DISSERTATIONES SUB *PRÆSIDIO* D. JOH. JACOBI AVIANI, PROF. PUBL. DEFENDERUNT.

Digitized by Google

V. *De Tutela & Cura,*
SEBASTIANUS FRIDERICUS Zieritz / Cüstrin. Neo-March.

VI. *De Adquirenda Possessione & Dominio,*
PETRUS DANÆUS, Dithmarsus.

VII. *De Servitutibus,*
CHRISTIANUS Meyer / Quakenbruga - Westphalus.

VIII. *De Usucapionibus & Donationibus,*
JOH. ADAMUS a Schönefeld / Nob. Misn.

IX. *De Successione Testamentaria,*
JOH. KNIPPENBERG, Barckhusa - Westphal.

X. *De Legatis, Fideicommissis & Codicillis,*
FELIX SPITZ, Rönneburg. Misn.

XI. *De Successione universali, Prætoria, & Collationibus,*
BARTHOLDUS CLEMENS a KUHLA, Nob. Brem.

XII. *De Natura Obligationis, Pactis & Contractibus in genere,*
JOH. CONRADUS FISCHERUS, Mœno - Francof.

XIII. *De Contractibus, qui Re ineuntur,*
MICHAEL PREUCKIUS, Regiomont. Borussus.

XIV. *De Verborum & Literarum Obligationibus,*
FRIDERICUS KENKELIUS, Regiomont. Borussus.

XV. *De Contractibus, qui Consensu ineuntur,*
MATTHÆUS Wendt / Stargard. Pomeran.

XVI. *De Contractibus innominatis & Obligationibus, quæ quasi ex Contractu,*
CHRISTIANUS MELCH. Heidenreich / Long. sal. Thüring.

XVII. *De Modis tollendi Obligationes,*
JONAS a Schönleben / Nob. Misn.

XIIX. *De*

XIIX. *De Impensis, Fructibus, Usuris, eo quod interest & aliis accessionibus,*

JOHANNES THEODORICUS Wrede/ Lemgovia-Guestphal.

XIX. *De Privatis & quasi Delictis,*

JOH. ERNESTUS a Schönleben / Nob. Misn.

XX. *De Jurisdictione & Magistratibus,*

JOH. VOLCKMARUS Rieman/ Sondershusa-Thür.

XXI. *De Judiciis & Foro competente,*

JOHANNES CASPARI, Nimicio-Siles.

XXII. *De Actionibus,*

PETRUS DANÆUS, Dithmars.

XXIII. *De Interdictis, Exceptionibus & cæteris Personis Judicii.*

SEBASTIANUS FRIDERICUS Zieritz / Custrin. Neomarch.

XXIV. *De Citatione, Libello, & aliis Judiciorum Præparatoriis,*

BENEDICTUS Schnabel/ Noriberg.

XXV. *De Litis Contestatione, Probationibus & Præsumtionibus,*

JOHANNES Schneider / Sangerhus. Thur.

XXVI. *De Sententia, Transactione, Jurejurando, de Calumnia, & in Litem,*

GOTHOFREDUS Zeuthe / Grünberg. Siles.

XXVII. *De Nullitate, Appellatione, Supplicatione, & Restitutione in integrum,*

GEORGIUS MARQUARDT, Zusat. Westph.

XXVIII. *De Executione Sententiæ, & extraordinariis Judiciis,*

HIERONYMUS Schneider / Mœno-Francof.

XXIX. & Ultima: *De Publicis Judiciis,*

ALBERTUS WEGERUS, Regiomont. Borussus.

DEDICATIO NOVA.

SERENISSIMI PRINCIPIS SAXO-ALTENBURGICI
IN DUCATU COBURGENSI CANCELLARIO
EMINENTISSIMO,

VIRO MAGNIFICO ET NOBILISSIMO

DOMINO

AUGUST. CARPZOVIO

JCTO ILLUSTRI, ETC. ETC. ETC.

DOMINO ET PATRONO SUO.

Quas Dissertationes denuo nunc edo, si causa nulla esset alia, cur nomini tuo amplissimo inscriberentur, sufficere vel sola posset, quod olim auctoritate & approbatione Magnifici Fratris tui, Dn. Benedicti Carpzovii, JCti per orbem clarissimi, tum Ordinarii munere in Academia Lipsiensi fungentis, nunc vero Patricii Aulæ Saxonicæ-Electoralis, prodierint: sed tantum abest hæc sola ut sit, ut plurium quam dici potest, meritorum illustris vestra familia me teneat reum. Non excidet animo benevolentia Parentis vestri, qua Patrem olim meum, dum Aulæ Coldiciensi & ipse serviret, prosecutus est, cui jure merito accenseo, quod eodem ad fontem sacrum sponsore in civitatem Christianam receptus fuerim. Benedictus autem ille Carpzovius, quanta adversum me in Academia Lipsensi fuerit comitate, propensaque voluntate, quanti studia mea semper fecerit, commemorare, longum, & nuperrimæ ejus ad me literæ etiamnum testantur. Alter vero fratrum, Johannes Benedictus, Theologus, in quo scientia divinarum rerum,

cum

cum vitæ sanctitate & innocentia, dum viveret, paria faciebat, non solum convictu suo me multis annis tenuit, & cum consiliis, tum rebus ipsis ampliter juvit, in adversis erexit, in dubiis firmavit, denique amici veri personam ubique præstitit, & conscientiam meam, quamdiu Lipsiæ habitavi, moderatus est. In quo cum nihil sit, post excessum ejus quod patienter desideretur, tum hoc solum lenire id desiderii potest, quod filios reliquerit, non solum generosos, & omnino Carpzovios, sed patres propediem ipsos alteros. Et tute denique, Emmentissime Cancellarie, animum in me propensum satis mihi superque probasti, in re magnæ molis, cum Tibi, in Aula Aldeburgensi Consiliarii illustres honores capessituro, comitarer. Quæ familiæ vestræ in me merita oppido multa, nec universa tamen sunt, & recitari singula hoc institutum & animus vester generosus non admittit. Testanda mihi tamen publice erant, & his velut novis tabulis id nominis constituendum, ut solvendo si non sim, neque sum quidem, confitendo tamen faciam, ut acceptum ferre velitis. Vale, Magnifice Vir, faveque

TUO

Jenæ XI. Martii
1668

semper clienti

JOHANNI STRAUCHIO D.
& in hac Salana Professori P.

ſumma pietas viget, quaque tanta eſt juris juſtitiæque æquabilitas, ut quamlibet inops, tenuiſſimæque fortunæ homuncio, jus ſuum in æquales ſuos, imo potentiores quosque, breviſſima via obtineat. Auxit felicitatem meam, quod Illuſtriſſimæ Celſitudinis Veſtræ ſingularem gratiam cum admirabili facilitate & divina humanitate conjunctam experiri præſenti mihi nuper contigerit: Qui igitur Sereniſſimo Dn. Parenti pro innumeris beneficiis æternum obſtrictus & devinctus ſum; & Veſtræ Illuſtriſſimæ Celſitudini pro ſingulari illa clementia ad quævis ſervitia arctiſſime me obligatum eſſe ſentio. Neque quidquam magis in optatis meis eſt, quam occaſionem aliquam mihi ſuppeditari, devotiſſimæ ſervitutis meæ argumentum præbendi. Quoniam vero nihil habeo quod V. Illuſtriſſ. Celſitudini offerre queam, ideo interea devotisſima mente Diſſertationes has ſiſto, ſubmiſſe obſecrans, Veſtra Illuſtrisſima Celſitudo eas, ut ſingularis ſubjectionis meæ teſſeram, accipere haud dedignetur. Quod reliquum eſt, D. O. Maximum calentibus ſuſpiriis oro, ut Veſtræ Celſitudini proſperos etiam ſupra vota ſucceſſus largiatur, eandemque quam diutisſime incolumem perpetuoque felicem ſervet ac tueatur. Jenæ, d. 26. Februarii, Anno poſt natum Chriſtum, Redemtorem noſtrum, M. DC. LXVI.

V. ILLUSTRISSIMÆ CELSITUDINIS

ſubjectiſſimus & humillimus miniſter

JOH. JACOB. AVIANUS, D.

JOH.

JOHAN. JACOBI AVIANI,

J. U. D.

ET HACTENUS IN ALMA SALANA PROFESSORIS PUBLICI, NUNC IN AULA SAXO-GOTHANA DESIGNATI CONSILIARII,

AD

BENEVOLUM LECTOREM

PRÆFATIO.

EXhibeo tibi, nunc, Lector Benevole, summi Viri, D. JOHANNIS STRAUCHII, JCti, Dissertationes undetriginta, ad universum Jus Justinianeum privatum conscriptas, quæ, ut non solum dicendi genere, sed & artificiosa judiciosaque rerum tractatione, veteris illius & purioris Jurisprudentiæ succum optime sapiunt; ita præter genuina Juris fundamenta, tum res controversas potiores, tum receptas fori hodierni sententias mira brevitate comprehendunt, paucisque verbis, quæ aliorum tædiosis & prolixis commen-

tariis corrogata reperiuntur, affabre expri̇munt. Quas ea de causa & semper in deliciis habui & occasionem exoptavi insignem illarum usum ut Legum Studiosis, ita inprimis auditoribus meis ostendendi. Quapropter, consensu atque voluntate Auctoris, Doctoris mei semper honorandi, novam editionem ab illo ipso multis in locis auctam & Brunsviga huc transmissam diligenter summaque cura perlegi, leges & auctores citatos excussi, lubrica lectionis loca probe distinxi, notisque marginalibus, quasi commentatiunculis quibusdam, studiose illustratas, excitatissimis optimisque ingeniis Respondentium vices subeuntibus, non sine ingenti labore, peculiari Dei gratia adjutus, publico in Auditorio, intra septem menses, propugnavi. Has, Benevole Lector, accipias, meumque in bonum publicum affectum æqui bonique consulas, officiose & decenter rogo. Illud moneo, quod certissima spes me alat, fore, ut si attentius paulo & considerativs, non ut historiam quandam, aphorismos hosce lectitaveris, haud parum utilitatis inde haurire possis. Vale & his meis conatibus fave! Dab. raptim Jenæ d. 24. Febr. 1666.

INDEX



INDEX
DISSERTATIONUM,
ET
CATALOGUS
DOMINOR. RESPONDENTIUM,
QUI
HAS STRAUCHIANAS DISSERTATIONES
SUB
PRÆSIDIO
D. JOH. JACOBI AVIANI,
PROF. PUBL.
DEFENDERUNT.

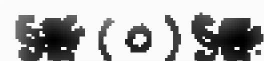
I. *De natura Jurisprudentiæ & statu hominum,*
JOHANNES HENRICUS TIMÆUS, Hal. Sax.

II. *De patria potestate & nuptiis,*
JOHANNES VOGELIUS, Islebia-Saxo.

III. *De Dote, Donatione propter nuptias & inter vir. & uxor.*
JOH. GEORGIUS SIMON, Hall. Saxo

IV. *De Legitimatione, Adoptione & Modis, quibus P. P. solvitur,*
ADAMUS ULRICUS WALBER, Culmb. Franc.

b 2 V. De



V. *De Tutela & Cura,*
SEBASTIANUS FRIDERICUS Zieritz / Cüstrin. Neo-March.

VI. *De Adquirenda Possessione & Dominio,*
PETRUS DANÆUS, Dithmarsus.

VII. *De Servitutibus,*
CHRISTIANUS Meyer / Quakenbruga - Westphalus.

VIII. *De Usucapionibus & Donationibus,*
JOH. ADAMUS a Schönfeld / Nob. Misn.

IX. *De Successione Testamentaria,*
JOH. KNIPPENBERG, Barcklusa-Westphal.

X. *De Legatis, Fideicommissis & Codicillis,*
FELIX SPITZ, Ronneburg. Misn.

XI. *De Successione universali, Prætoria, & Collationibus,*
BARTHOLDUS CLEMENS a KUHLA, Nob. Brem.

XII. *De Natura Obligationis, Pactis & Contractibus in genere,*
JOH. CONRADUS FISCHERUS, Mœno-Francof.

XIII. *De Contractibus, qui Re ineuntur,*
MICHAEL PREUCKIUS, Regiomont. Borussus.

XIV. *De Verborum & Literarum Obligationibus,*
FRIDERICUS KENKELIUS, Regiomont. Borussus.

XV. *De Contractibus, qui Consensu ineuntur,*
MATTHÆUS Wendt / Stargard. Pomeran.

XVI. *De Contractibus innominatis & Obligationibus, quæ quasi ex Contractu,*
CHRISTIANUS MELCH. Heidenreich / Long. sal. Thuring.

XVII. *De Modis tollendi Obligationes,*
JONAS a Schönleben / Nob. Misn.

XIIX. *De*

Digitized by Google



XIIX. *De Impensis, Fructibus, Usuris, eo quod interest & aliis accessionibus,*

JOHANNES THEODORICUS Wrede/ Lemgovia-Guestphal.

XIX. *De Privatis & quasi Delictis,*

JOH. ERNESTUS a Schönleben / Nob. Misn.

XX. *De Jurisdictione & Magistratibus,*

JOH. VOLCKMARUS Rieman/ Sondershusa-Thur.

XXI. *De Judiciis & Foro competente,*

JOHANNES CASPARI, Nimicio-Siles.

XXII. *De Actionibus,*

PETRUS DANÆUS, Dithmarf.

XXIII. *De Interdictis, Exceptionibus & cæteris Personis Judicii.*

SEBASTIANUS FRIDERICUS Zieritz / Custrin. Neomarch.

XXIV. *De Citatione, Libello, & aliis Judiciorum Præparatoriis,*

BENEDICTUS Schnabel/ Noriberg.

XXV. *De Litis Contestatione, Probationibus & Præsumtionibus,*

JOHANNES Schneider / Sangerhus. Thur.

XXVI. *De Sententia, Transactione, Jurejurando, de Calumnia, & in Litem,*

GOTHOFREDUS Jeuthe / Grünberg. Siles.

XXVII. *De Nullitate, Appellatione, Supplicatione, & Restitutione in integrum,*

GEORGIUS MARQUARDT, Zusat. Westph.

XXVIII. *De Executione Sententiæ, & extraordinariis Judiciis,*

HIERONYMUS Schneider / Mœno-Francof.

XXIX. & Ultima: *De Publicis Judiciis,*

ALBERTUS WEGERUS, Regiomont. Borussus.

DEDICATIO PRISTINA.

PROTOSYNEDRII ELECTORALIS SAXONICI

PRÆSIDI EMINENTISSIMO, GENEROSO AC MAGNIFICO DOMINO,

DOMINO

FRIDERICO a METSCH

in Reichenbach & Friesen,

Imperialis ærarii Thesaurario, Sacræ Cæsar. Majestatis Consiliario, & Serenissimo Saxoni ab intimis consiliis;

Domino suo ac Mecænati submisse ac devote colendo.

EMINENTISSIME PRÆSES; Non solum par erat, ad exoptatissimum Academiæ nostræ adventum Vestrum, Musarum sacraria & adyta deserere, & ad obsequia Generosæ Vestræ, atque eminentissimae Magnificentiae iam dudum debita præsto esse: sed & fidem prolixioris cultus longe honorificentissimis xeniis exsolvere. Quorum illud tanta religione a nobis, tantaque reverentia factum, quantum gaudii super felicissimo adventu sensimus, quantumque gloriæ & gratiæ ad Academiam inde pervenit. Nam etsi in præsenti civitatis statu illustrissima Aula non eramus divisi, dilatis tamen quadam tenus & repositis, inter dilectos neglectosque degere mediis nobis videbamur. In qua ancipiti cura cogita-

cogitationeque anxia, ecce, purior Aulæ vultus quasi in dubia luce, augustæque præsentiæ Vestræ serenitas nobis illuxit, sollicitudinumque nostrarum nubeculas disjecit. Proinde quemadmodum ante feci cum universis, jam vero post universos solus Tibi, Domine Generose, faustum felicemque in urbem hanc accessum gratulor: Ita fuisset optandum vel de publico Xenia Tuo fastigio digna reperiri potuisse. Ego vero, qui me servitii Tibi, Domino meo, dudum constitui reum, hunc ingenii mei qualemcunque partum non offero ut munus, sed tanquam partem peculii, jure dominii vestrum; summopere supplicans, etsi, beneficium non sit, quod ab obnoxio nullum est, ut sinceram voluntatem & prona serviendi studia hilari vultu V. Eminentia respicere dignetur. Quæ prout illibata, nec unquam desitura Vobis, perquam Generose Domine, despondeo: Ita favore Vestro me prosequi ac tueri, &, ubi occasio dabitur, dignusque fuero, provehere in hac togata militia ut dignemini, flagrantissime contendo. Lipsiæ, ex Musæo meo die XXI. Augusti CIↃ IↃC XLVII.

VESTRÆ PERQVAM GENEROSÆ MAGNIFICÆQVE EMINENTIÆ

Addictissimus cliens

M. JOHANNES STRAUCHIUS,
Fac. Phil. Assess. & Collegiatus.

DEDI-

DEDICATIO NOVA.

SERENISSIMI PRINCIPIS SAXO-ALTENBURGICI
IN DUCATU COBURGENSI CANCELLARIO
EMINENTISSIMO,

VIRO MAGNIFICO ET NOBILISSIMO

DOMINO

AUGUST. CARPZOVIO

JCTO ILLUSTRI, ETC. ETC. ETC.

DOMINO ET PATRONO SUO.

Quas Dissertationes denuo nunc edo, si causa nulla esset alia, cur nomini tuo amplissimo inscriberentur, sufficere vel sola posset, quod olim auctoritate & approbatione Magnifici Fratris tui, Dn. Benedicti Carpzovii, JCti per orbem clarissimi, tum Ordinarii munere in Academia Lipsiensi fungentis, nunc vero Patricii Aulæ Saxonicæ-Electoralis, prodierint: sed tantum abest hæc sola ut sit, ut plurium quam dici potest, meritorum illustris vestra familia me teneat reum. Non excidet animo benevolentia Parentis vestri, qua Patrem olim meum, dum Aulæ Coldiciensi & ipse serviret, prosecutus est, cui jure merito accenseo, quod eodem ad fontem sacrum sponsore in civitatem Christianam receptus fuerim. Benedictus autem ille Carpzovius, quanta adversum me in Academia Lipsensi fuerit comitate, propensaque voluntate, quanti studia mea semper fecerit, commemorare, longum, & nuperrimæ ejus ad me literæ etiamnum testantur. Alter vero fratrum, Johannes Benedictus, Theologus, in quo scientia divinarum rerum,

cum

cum vitæ sanctitate & innocentia, dum viveret, paria faciebat, non solum convictu suo me multis annis tenuit, & cum consiliis, tum rebus ipsis ampliter juvit, in adversis erexit, in dubiis formavit, deniqueamici veri personam ubique præstitit, & conscientiæ meæ, quamdiu Lipsiæ habitavi, moderatus est. In quo cum nihil sit, post excessum ejus quod patienter desideretur, tum hoc solum lenire id desiderii potest, quod filios reliquerit, non solum generosos, & omnino Carpzovios, sed patres propemodum ipsos alteros. Et tute denique, Eminentissime Cancellarie, animum in me propensum satis mihi superque probasti, in re magoæ moliis, cum Tibi, in Aula Aldeburgensi Consiliarii illustres honores capessituro, comitarer. Quæ familiæ vestræ in me merita oppido multa, nec universa tamen sunt, & recitari singula hoc institutum & animus vester generosus non admittit. Testanda mihi tamen publice erant, & his velut novis tabulis id hominis constituendum, ut solvendo si non sim, neque sum quidem, confitendo tamen faciam, ut acceptum ferre velitis. Vale, Magnifice Vir, faveque.

TUO

Jenæ XI. Martii 1652.

semper clienti

JOHANNI STRAUCHIO D.
& in hac Salana Professori P.

AD LECTOREM.

Nunquam induxeram animum, has dissertationes iterum dare publico, quas ante hos undecim annos, eorum in gratiam, qui mihi in Academia Lipsiensi privatim operam dabant, conscripseram. Hactenus enim, ex quo Lipsia in hanc Salanam excessi, fere in derelictis habui, donec ab aliis circumferri eas, & in hac quoque Academia semel iterumque citatas in publicis exercitationibus viderem: Cum vero nunc quædam in his ἄρρυθμα ἄμουσα viderentur, & essent tamen amici, qui revocandas sub incudem illas suaderent, obsecundare tandem visum fuit, verito, si me vel invito tandem vulgarentur, ipse apud eruditos mihi detraherem. Quæ sola fuit δευτερώσεως hujus causa, abs qua, per me quidem his sitis depositisque esse licuisset. Præsertim cum singulæ fere nundinæ in hoc genere novum quid pariant. Quanvis & hoc ipsum scripturienti alii sufficere facile potuerit, ne parceret perituræ, nisi sic pereat, chartæ. Cæterum in concinnandis his placuit consilium, ut in qualibet materia haberent discentes in promtu certas indubitatasque definitiones, seu regulas, quæ propterea ut internosci possent, grandiusculis typis excusæ prostant, interque se cohærent. Quibus deinde vel rationes vel legum explicationes, pugnantiumve conciliationes, ampliationes item, aut exceptiones, vel juris controversi decisiones, aut sectarum nostri temporis opiniones subjicerem. Quanvis has indicasse sæpe sufficiat, tractationem pleniorem in aliud opus reservanti. Aspersi quandoque, sed satis parce, flores humanioris literaturæ, ne luxuriari in hoc studio viderer his, qui nihil satis dignum JCtorum personis, nisi quod ipsi sciunt, nihil elegans, nisi quod ravim fori crepat, putant. Pandectarum seriem sequi nolui, cum quod non istarum, sed omnis juris Justiniani epitomen scribam, tum quod inter initia hujus studii illa compages ad habitum prudentiæ

Cur in his dissertationibus quædam grandiusculis literis excusa sint?

Autor reddit rationem, quare pandectarũ seriem in Dissertationibus suis sequutus non sit.

dentiæ

dentiæ adquirendum jam dudum doctissimis quibusque minus conducere visa. Neque misera tamen diligentia, & anxia, circa methodum hæsi; satis artificiosam existimans, quam Institutiones Imperatoria tenent. Præterea brevis esse laboravi, quippe ultra principia in quolibet argumento non longe nimis excurrens. Denique non ad famam aut laureolam hoc quicquid est comparavi. Id si spectarem, essent forsan alia majoris rei, quibus utrique civili pariter atque canonico juri facem allucere possem. Hoc ergo Catone in præsens contentus esto, Lector æque. Et patere me quoque cum his, qui ex sua in publicum liberalitate conveniuntur, hoc frui beneficio, ne ultra quam poteram facere, condemner. Vale. JENÆ, *VI. Martii, Anno 1659.*

NOMINA RESPONDENTIUM
IN PRIMA EDITIONE.

1. M. JOHANNES TOBIAS GEISLERUS, Silesius.
2. SEBASTIANUS SCHUBARTUS, Isleburgensis.
3. ADRIANUS STEGERUS, Lipsiensis.
4. JOHANNES JACOBUS PANZERUS, Lipsiensis.
5. ERNESTUS MEYER, Lipsiensis.
6. AMADEUS ECCOLT, Welsio-Austriacus.
7. MELCHIOR GEBHARDUS, Gera-Variscus.
8. ELIAS KLEPPER, Francohusanus.
9. GABRIEL SEEBACH, Salza-Thuringus.
10. JOHANNES WILHELMUS FISCHERUS, Francohusanus.
11. ARNOLDUS MENGERING, Hala-Saxo.
12. CHRISTIANUS AVENARIUS, Cizensis.
13. ROMANUS LUDOVICUS, Guro-Silesius.
14. JOHANNES CONRAD. SCHOENHALS, Cella-Misnicus.
15. MELCHIOR DREILING, Riga-Livonus.

Digitized by Google

JURECONSULTIS FAMIGERATISSIMIS

VIRIS

EMINENTI DIGNITATE CONSILIORUM FELICI DEXTERITATE
MAGNIFICA ET EXCELLENTISSIMA AMPLITUDINE
PLURIMUM REVERENDA AUTORITATE
REIPUBLICÆ ADMINISTRANDÆ SOLERTIA
RERUM GERENDARUM PRUDENTIA MULTOQUE USU

ILLUSTRIBUS

ET DE EGREGIO PUBLICO

MERITISSIMIS DOMINIS

DOMINO

ADAMO CHRISTOPHORO JACOBI,

SERENISSIMI AC POTENTISSIMI ELECTORIS SAXONIÆ APPELLATIONUM ET CONSISTORII ECCLESIASTICI SUPREMI CONSILIARIO, AC REIPUBLICÆ DRESDENSIS SYNDICO, ETC.

UT ET

DOMINO

JACOBO BORNIO,

SERENISSIMI ET POTENTISSIMI ELECTORIS SAXONIÆ CONSILIARIO APPELLATIONUM ALMÆ MATRIS LIPSIENSIS PROFESSORI PUBLICO AC DECEMVIRO, FACULTATIS JURIDICÆ ORDINARIO, CANONICO MARTISBURGENSI, SUPREMÆ CURIÆ PROVINCIALIS ET CONSISTORII ECCLESIASTICI ASSESSORI, SCABINATUS SENIORI, AC REIPUBLICÆ LIPSIENSIS CONSULI, ETC.

Littera-

Digitized by Google

Litterarum atque Scientiarum PATRONIS Summis
quas & callent ad ſtuporem omnes
& pulcherrimo exemplo benigne fovent
EVERGETIS MEIS OPTIMIS MAXIMIS
ob ingentia in me immerentem Merita
Favoremque ac Benevolentiam
multiplici ſpecimine exhibitam
ne ingratus plane aut peſſimis ſimilis videar
in æternæ obſervantiæ teſtimonium
una cum officiorum, qualia in me jam cadere poſſunt,
ſemper devinctiſſimorum
ac ſi non aliter, ſaltem conatu & voluntate æſtimandorum
promtiſſima oblatione
leve hoc experimentum
cum majora non habeam
extemporaneas ſcilicet ac ſub manu quaſi enatas
ad Opus Strauchianum Notulas
meque ipſum
Felix creſcentis anni augurium
fauſtumque immortalitatis votum
præfatus

D. D. D.

CHRISTIANUS THOMASIUS, D.

Digitized by Google

Impraegnata satis Themidos dulcedine Corda
Egregios fœtus an modo ferre volunt?
Scilicet egregium quiddam spirare subinde
Vis innata Tibi vivida visa fuit.
Edere vecordes nescit generosa Columbas
Irati, Volucris, quæ gerit arma Jovis.
Perge sequi Patris, Patruique haud degener, Ausus;
Sic Tua cum Patriis Nomina Fama canet.

Consultissimo Autori Amico suo singulari prolixissimo adfectu scrib. Francofurti

SAMUEL STRYKIUS, D.
Com. Pal. Cæsar. Prof. Publ. & Fac. Jur. Decanus.

BENE-

BENEVOLO LECTORI

S. P. D.

D. CHRISTIANUS THOMASIUS.

INter varias Syrtes Juris Studiosis vitandas agmen quasi ducunt duo circa studium philosophicum extrema, unum excessu peccans, defectu alterum, unum philosophiam omnino negligens, alterum eandem, vel potius philosophiam fucatam loco veræ plus justo extollens. Scilicet commune hoc seculo, & quod orbi litterario barbariem iterum minitatur, vitium est contemtus philosophiæ sanæ atque sobriæ, quæ tamen omnino Facultatum superiorum instrumentum est summe necessarium. Et vitium hoc quidem ab iis non parum frequentatur, qui nomen suum jurisprudentiæ dicarunt. Non opus est, ut rem quotidianam multis argumentis demonstrem. Quotusquisque enim est hodie, qui studio Juris curatam, & quantum ad id opus est, philosophiæ lustrationem præmittat, ac non potius absque omni apparatu Philosophico, vel certe vix ac ne vix quidem in limine salutata saltem philosophia, & terminis quibusdam philosophicis male perceptis & furtim quasi raptis sacra Themidos adeat, ibique magno sudore centones legum, edictorum, canonum, capitulorum, rescriptorum, constitutionum, decisionum, evolvat, percurrat, legat, discat, ruminetur ac memoriæ imprimat, sufficere sibi putans, si non Juris prudens, saltem ut Juris peritus evadat. Imo tam misera est conditio Philosophiæ, ut plurimi ignominiæ ducant sibi, si pro philosophis habeantur. Inde non philosophice scribere solent, sed (quod cum præfatione honoris dixerim) Juridice. Ab hujusmodi hominibus quid speres? qui nequaquam recordantur, quod absque instrumento necessario nullum opus perfici queat, quod absque Philosophiæ janua ad superiores

periores

periores facultates non pateat aditus, quodque propriam absque pudore profiteantur turpitudinem. Qui enim quodcunque thema non philosophice exponit, ille nequaquam putandus est Theologice, Juridice, Medice rem exponere, sed quicquid agit, agit ἀφιλοσόφως, h. e. si Lexica evolvas, stulte atque insipide. Quemadmodum igitur is, qui Juris Consulti nomen aliquando vere mereri studet, defectum huncce merito fugit, ita cavendum est similiter, ne eo vitato currat in contrarium, & plus tribuat Philosophiæ, quam ipsi Jurisprudentiæ. Philosophia instrumentum est, non Facultas aliqua principalis. Jam quis non consentit instrumenta aptanda esse ad manus artificis nequaquam vero manus artificis ad instrumenta. Videas tamen nonnullos ita extollere Philosophiam præprimis Aristotelicam, ut si quicquam deprehendant in legibus Justinianeis, quod vel cum methodo, vel cum opinione Stagiritæ non conveniat, illud statim expungant, & quasi crimen læsæ majestatis Aristotelicæ commissum sit, detestentur. Sed hi cogitent, precor, Jurisprudentiam nostram, h. e. Romanam originem debere Philosophis non Aristotelicis, sed potissimum Stoicis, a quibus Philosophiæ illam partem, quæ moralis appellatur, magis, vel certe non minus excultam fuisse, quam ab Aristotele, iis liquet, qui scripta v. g. Ciceronis, Senecæ & similium conferunt cum scriptis Aristotelicis. Magis adhuc in extremum istud illabuntur illi, quamvis perpauci admodum, qui in explicanda Jurisprudentia Romana obscuras, barbaras & ex intimis Scholasticorum meditulliis conquisitas distinctiunculas, Jurisprudentiam nostram sic satis obscuram magis adhuc obscurantes, quam illustrantes, adhibent, non considerantes videlicet, Prudentiam Juris, secundum ipsius JCti effatum, veram esse Philosophiam, non, ut pleræque istæ Scholasticorum sunt distinctiones, simulatam. Non equidem plane rejicio distinctiones Metaphysicorum, neque statuo, JCtum iis omnibus carere commode posse, in eo tamen non errasse illum arbitror, quisquis fuit, qui dixit,

cum

eum nihil ſcire, qui has ſolas ſciat. Neque hoc demonſtratu erit difficile. Inventi enim ſunt termini iſti, qui hodie exponi ſolent in Metaphyſicis, quique ab Ariſtotele, vel alio antiquorum Philoſopho ſunt propoſiti, ad denotandos diverſos conceptus rem aliquam vel intrinſece afficientes, vel ab extra. Qui quidem omnes brevitatis gratia reperti ſunt, & quaſi ex pacto plurium virorum eruditorum, ut uno vel paucis verbis denotarent, quod alias periphraſi prolixiore erat enunciandum. Ergo qui ſola verba intelligit, rem ipſam negligens, revera nihil ſcit, cum verba rerum gratia, non hæ illorum cauſa ſint introducta. Quod magis elucet in Scholaſticorum diſtinctionibus ſæpiſſime ex nimia ſubtilitate priores terminos rejicientium, inque eorum locum vel obſcuriores ſubſtituentium, vel omnino barbaros, vel etiam quandoque in diſputationibus futilibus de re nullius plane momenti novas ejuſmodi quaſdam excogitantium, non alium in finem, quam ut abſtractiones ſuas infinitas & ineptas revera aptis & convenientibus vocabulis ſignificarent, & ita ab eruditorum vulgo (ſecundum ſuam ſententiam) proprio quaſi idiomate, diſtinguerentur. Ex pluribus diſtinctionibus, quæ pro illuſtranda ſententia afferri poſſent, unam ſaltem, vel alteram ſubjicere lubet. Quivis facile intelligit, quid ſit ſubjectum activum, quid paſſivum. Ægre hoc ferens Scholaſticorum quiſpiam iſtud relativi, hoc correlativi nomine obfuſcavit. Conceptum rei genericum a ſpecifico ſecernere res eſt non magni laboris. Verum elegantior quidam Scholaſticus elegantiori phraſi, conceptum rei ut ſic, a conceptu rei ut talis diſtinguere juſſit. Voces quæ de pluribus rebus prædicantur, ita diſtinxerat Philoſophus, quod quædam ſint Synonyma, ſeu univoca, quædam homonyma, ſeu æquivoca, quædam denique Paronyma, ſeu analoga. Ingentem circa ultima moverunt litem Scholaſticorum nonnulli, putantes Analoga non ſatis exprimere naturam terminorum univoca inter & æquivoca jacentium, ex qua lite

ortum duxit illud commune πρὸς ἓν a novioribus Scholasticis tam frequentatum. Quis non existimat, se in mediis obscurorum virorum epistolis versari, cum distinctionem inter τὸ semper & τὸ ad semper, vel similem legit, quæ nequaquam intelligi poterit, nisi prolixior terminorum significantium, quam rei significatæ explicatio præcedat, qua non foret opus, si perspicuiores, nec adeo multi, termini fuissent adhibiti. Unde perpetuo displicuit eorum opinio, qui Jurisprudentiam non percipi posse a Juris studioso docuerunt, nisi intimam distinctionum Scholasticarum notitiam habeat, ac, ut ne frustra id dixisse viderentur, ingentem earundem usum in variis Jurisprudentiæ qua naturalis, qua civilis, quæstionibus ostendere allaborarunt, quem uti non omnem nego, ita nec omnem approbare valeo. Hugo Grotius *de J. B. & P. lib. 2. cap. 14. §. seqq.* quæstionem: An actus principis restitutionem in integrum admittant? per distinctionem inter actus principis regios & privatos, decidere allaborat. Sed quid ad eandem distinctionum Scholasticarum patronus quidam commenetur, videamus: *Quæstionem hanc*, inquit, *certo Politici & JCti habent pro una e præcipuis & valde vexatis, nec vero nostri instituti est hanc quæstionem nunc decidere, hoc tamen intrepide asserimus, nobilem significationis FORMALITER ac notionis modo explicatæ usum, in hac materia tam ardua conspici posse. Dum enim Hugo Grotius - - aliique viri magni nominis distinguunt inter actus principis aut regis - - qui regii sunt, & actus ejusdem privatos; quid facilius esse potest, quam doctrinam hanc Politicam RECTE PRIUS PERCEPTAM his notionibus Metaphysicis explicare, seu, quod eodem redit, modo propositam doctrinam Metaphysicam ad hancce materiam decenter applicare. Nam sæpe hæc propositio vera est in SENSU IDENTICO:* Princeps contraxit; *item:* Hic actus Principis erat contractus, *ut tamen in FORMALI SENSU adhuc falsa esse possit, si nempe Princeps non ut Princeps contraxerit, si actus principis, aut regis considerandus*

randus veniat non ut regius, non ut publicus, sed ut privatus, vel quasi privatus actus. Jam quis non facilius intelligit locutionem Grotii. Hic actus principis privatus est, non regius: quam istam Scholastici: Princeps contraxit in sensu identico, non in sensu formali? En egregium vero usum distinctionis! qui nullus alius est, nisi *prius recte percepta* fuerit illa Grotii politior doctrina atque distinctio. Certe qui ejusmodi doctrina recte percepta ejusmodi distinctionem Scholasticam quærit, non dissimilis mihi videtur isti, qui vinum in poculo argenteo allatum bibere nolit, nisi afferatur Diogenis poculum ligneum. Simile judicium esto de alio alterius distinctionis usu, de qua sequentia afferuntur: *Notum est Themidos cultoribus discrimen, quod in juris Romani libris extat, quando aliud jus homini cum brutis commune, aliud homini proprium dicitur. Interim jus, quod natura omnia animalia docuerit, defendere volentes, si illum argumentum, quod magnam veritatis speciem præ se ferat, unquam proposuerunt, certe hoc est:* Judicium quo cognoscitur fœtum esse alendum, est homini cum brutis commune: Judicium illud est jus Naturæ E. Jus naturæ homini cum brutis est commune. *Ad hoc argumentum si respondeatur, in subsidium facile jam proposita doctrina Metaphysica veniet: Nam minor propositio si sumatur medius-terminus FORMALITER h. e. in SENSU COMPOSITO, est falsa, quod si capiatur in SENSU DIVISO, hæc propositio concedi poterat. Perinde enim est, ac si ita argumenteris: Potentia cognoscendi est homini cum brutis communis. Potentia cognoscendi est intellectus, ergo intellectus est homini cum brutis communis. Hæc certe conclusio est falsissima. Dum igitur a non distributo ad distributum proceditur, vitium in forma committitur, sed simul quoque innuitur, quod judicium, quo judicatur fœtum esse alendum, possit dici jus naturale, ut tamen hoc non sit intelligendum FORMALITER i. e. in SENSU COMPOSITO, sed in SENSU DIVISO. Cæterum hæc propositio: Judicium intellectus humani, qua judicatur fœtum esse*

 alendum,

alendum, est jus naturæ, est FORMALITER *h. e. in* SENSU COMPOSITO *verissima. Constat jus naturæ sæpe sumi pro dictato rectæ rationis indicante necessariam actus convenientiam aut disconvenientiam cum natura rationali.* Satis verborum pro tollenda objectione allata, quorum obscuritas facile terrebit defensorem juris naturalis brutorum. Sed terrebit, non informabit, nec ullum ad prolatum dubium tollendum præbebit usum. Quemadmodum enim inconcinna est distinctionis inter sensum compositum & divisum ad præsens argumentum applicatio, quia propositio: *judicium, quo cognoscitur fœtum esse alendum, est homini cum brutis commune*, non solum in sensu composito, sed & diviso est falsissima, quod facile ostendi posset, nisi chartæ parceremus; ita absque eadem & absque tanto vocum apparatu plane & duobus verbis removeri potest dubium propositum per simplicem propositionis majoris negationem. Carebit igitur JCtus facile distinctionibus istis Scholasticis, feliciorque ea in parte judicandus est Theologis, quorum sortem hoc passu merito dolemus. Nam cum quæstiones pleræque Theologicæ a Scholasticis olim per distinctiones ejusmodi barbaras pollutæ fuerint, & adhuc hodie ab adversariis tales retineantur, necesse habebit utique Theologus, si in refutatione adversariorum felicem successum sibi velit promittere, ut istas distinctiones earumque explicationes non parvo sudore addiscat. At Jurisprudentia nostra civilis, hactenus per Dei gratiam ab istis fæcibus fuit intacta, & quamvis Juris naturalis scientia (potissima Jurisprudentiæ pars) iisdem a Scholasticorum illa classe, qui Moralistarum titulo solent appellari, non parum etiam inquinata fuerit, facile tamen post Grotios, Ziegleros, Pufendorffios, aliosque nitidioris styli scriptores, qui argumentum hoc scriptis suis immortalibus illustrarunt, & a spurcitiis istis purgarunt, carere poterit obscuris illis Præceptoribus Jurisprudentiæ cultor: Cui adeo sufficiet brevis, sed accurata explicatio causarum, aliorumque terminorum

antiquis

Digitized by Google

antiquis Philosophis, & modernorum venustioribus usitatorum, ut Wesenbecios, Eckoltos, similesque JCtos, qui Jurisprudentiæ civilis systemata ad methodum causarum tractare soliti sunt, intelligere valeat, nimiumque tot *austerarum* (non mea hæc sunt epitheta, sed magni Scholasticorum defensoris) *ac Metaphysico pulvere plenarum & adspersarum, crassioribusque & indecoris sartorum sutorumve suturis admodum similium notionum Scholasticarum (in quarum numero inprimis continentur*, eodem Autore referente, *materialium & formalium causæ, rationum causandi, causalitatum, item fundamentorum ex parte relati & correlati, ab iis distinctarum rationum fundandi & rationum terminandi notiones)* Studium iis relinquet, qui tempus, omnium entium carissimum, vilipendunt, idque in ejusmodi næniis impendentes, denique serio quidem, at sero nimis deprehendunt, se ab ejusmodi incomtis Doctoribus ultra dimidium quidem læsos fuisse, sed nihilominus tamen omnem in integrum restitutionem sibi esse ademtam. Nec solum sufficiet Juris Studioso brevis & accurata Metaphysicæ explicatio, sed etiam magis proficiet ad evitandos crassos errores Metaphysicos, quam illa inutilis distinctiuncularum Scholasticarum doctrina. Quid enim absurdius, quam v. g. delictorum causam efficientem dicere Legem seu naturalem seu civilem? Quid ineptius, quam in exponenda testamenti factionis causa finali afferre, quod nec propter delictum, nec ex alia causa publica testator testamenti factione privatus fuerit? Quid minus cohærens, quam asserere, actionis causam efficientem esse ipsum agens, seu ipsam personam agentem, & postea in explicanda natura actionis institoriæ, institorem proponere tanquam istius actionis efficientem causam? Et tamen primo errore nihil frequentius (cui quod obiter dictum sit, videtur originem dedisse male intellectum *pr. Inst. de susp. tutor:*) Reliquos vero, quod mireris, audacter committunt illi, qui distinctionibus Scholasticis ita sunt adimpleti, ut præ iis vix spirare, aut auram ducere valeant. Quæ hacte-

hactenus de abusu Metaphysices disserui, eadem, aut certe similia de abusu reliquarum disciplinarum Philosophicarum, & maxime Practicarum dicenda haberem, nisi festinans nimis Typographus cogeret ea ad aliud tempus differre & peculiari dissertationi *De Desideratis in Studio Jurisprudentiæ*, reservare. Ego certe quam primum Jurisprudentiæ me mancipavi, in id incubui sedulo, ut non solum utrumque, quod modo recensui, extremum vitarem, sed & iis, qui quales quales operas meas in studio juris præeuntes desiderarunt hactenus, idem strenue inculcarem, talesque ipsis commendarem Doctores, qui veræ Philosophiæ studium cum solida Jurisprudentiæ doctrina ita conjunxerunt, ut omnium facile assensu genuinos JCtos in iis admiretur & admiratus fuerit orbis literarius. Quos inter si non primum (ne aliorum scriptis aliquid detrahere videar) certe proximum a primo locum obtinet, & imo obtinuit Magnus Strauchius, vir uti omne meum præconium supergressus, ita & ex scriptis in publicum cum applausu legentium editis longe celeberrimus. Hujus dissertationes aureas ad Jus Justinianium privatum, postquam cuidam Auditorum meorum explicare constituissem, deprehendi concisam nimis brevitatem, quam proposuerat sibi Consultissimus Auctor, quandoque, quæ communis querela est, positionum ejus vim & potestatem reddidisse obscuriorem. Igitur ut obscuritati isti mederer, putavi non incongruum fore, si brevem explicationem, per modum additionum, ubi opus foret, apponerem; aut quando jam ab aliis ejus mentem declaratam deprehenderem, eos paucissimis verbis allegarem, ne, quod commune vitium seculi est, illos exscribendo, operam perderem, nauseamque moverem Lectoribus. Quæ causa est, cur sæpissime in præsentibus annotationibus nihil nisi Struvii, Franzkii, Hahnii, aliorumque citationes & remissiones ad eorum scripta deprehendantur, & potissimum Domini Struvii. Hunc enim, ut alias rationes jam taceam, in conficiendo Juris civilis syntagmate, præ oculis non infrequenter habuisse dissertationes Strau-

chianas

chianas (uti Franzkii commentationem ad Pandectas Strauchium) varia me persuaserunt argumenta. Porro quemadmodum Jurisprudentiæ Romanæ Doctoribus non infrequens est in exponendis legibus a se invicem dissidere, ita nec mihi aliter evenire potuit, quam ut quandoque ab Auctoris, quandoque ab aliorum, quorum commentaria cum dissertationibus Auctoris contuli, quandoque ab omnium, quos videre licuit, Doctorum opinione recederem, quod tamen ut rationibus magis, quam verbis otiosis facerem, studui, omnibus eandem, quam mihi in aliorum sententiis ac scriptis dijudicandis sumsi, libertatem lubentissime cum Hugone Grotio concedens. Denique cum deprehenderem in id etiam incubuisse Auctorem, ut dissertationibus suis præprimis observantias Judiciorum Saxonicorum & juris moderni immisceret, & in eo ejus vestigia premens, alias & ab Auctore omissas subinde addidi. Poterant quidem, fateor, hæ annotationes meæ domi manere, sed cum tamen Vir industrius, Præsentium editor, easdem a me rogaret, putans per illas Dissertationum Strauchianarum Amatoribus aliquid utilitatis accedere posse, nolui ejus petito deesse, sperans facile me a Lectore benevolo veniam impetraturum, si ei quædam in illis forte displicuerint. Sufficiet enim mihi: voluisse prodesse. Plura non addo, nisi quod Lectori fausta ac felicia quæque, Jurisprudentiæ cultoribus fideles ac prudentes manuductores, Philosophiæ vero corruptoribus pariter & contemtoribus mentem sanam, & horum ultimis exactam apprecer & commendem trutinam eorum, quæ B. Dannhauerus in Idea Boni Interpretis disserit: *Computemus, age,* inquit, *discendi tempora, tu per quinquennium calefeceris subsellia juridica, accesseris ad illa sine nostris* (Philosophicis) *subsidiis; Ego quatuor annos dederim Philosophiæ & interpretandi subsidiis, quintum annum lectioni Corporis Juris impenderim: Tum contendemus inter nos, judicent Arbitri, annon ego te in responsionibus Juris sim longo post me intervallo relicturus; cum Tibi in commentariis tuis non immorandum, sed immoriendum sit.* Vale. Lipsiæ d. 30. Septembr. 1682.

VITA

LAURENTII ANDREÆ HAMBERGERI D.
BREVIS
DE VITA IOHANNIS STRAUCHII
NARRATIO.

ETsi multa sunt a multis de commentationibus academicis siue conscribendis, siue conseruandis, pro cuiusque studio et captu commonita: mira tamen animi consensione a plerisque omnibus eorum approbatum est institutum, qui uel dignitate rei, uel utilitate, ducti præstantium uirorum docte eleganterque elaboratas disputationes recudi fecerunt, eaque ratione ab interitu imminente uindicarunt. Quod officium cum ego Johanni Strauchio, hoc est, principi Iurisconsultorum Germaniæ sui temporis, præstare decreuerim, duo mihi cumprimis sedulo uitanda duxi, quæ aliis uitio data fuisse comperi: primum, ne scripta hujus uiri uno uolumine conjungerem, deinde ne alia, quam quæ ab ipso profecta forent, prelo subjicienda curarem: quorum alterum iis ualde incommode accidit, qui magnam sibi partem ex iis disputationibus iam ante non sine graui sumtu compararunt; alterum publice priuatimque noxia res est, cum plerique uel imbecillitate, uel inopia consilii, ipsi per se non uideant, quid distent æra lupinis.

Porro dum nunc in edendo excellentissimi illius iurisconsulti de personis incertis commentario experimentum publici fauoris capio, puto lectoribus non ingratum fore, si, quae de vita et scriptis eius rescire potui, opportuno hoc, ut opinor, loco expromam. quamquam enim idem diuersis temporibus Henningus Vitte,* Johannes Gaspar Zeumerus, ** post eos personatus ille Adolphus Clara

* diar. biograph, tom. 1. an. 1679. 2 decembr.

** vit. profess. iur. Ienens. cap. 48.

BREVIS DE VITA JOHANNIS STRAUCHII NARRATIO.

Clarmundus, † et nuper adeo Petrus Dahlmannus, †† si bene memini, aggressi sunt: quia tamen eorum narrationes neque ualde accuratae sunt, et pro dignitate uiri nimis aridae, nimisque ieiunae, ignoscendum erit, credo, meo in Strauchium affectui, si, illorum minime contentus labore, uitam eius paullo, quam ipsi diligentius consignandam suscipiam, et quae tum ex ipsis diuini hominis libris excerpere, tum ex ore doctissimorum uirorum, qui uiuum audierant, mortuum colunt, et obseruant, hoc autem loco intelligi, quam nominari malunt, haurire potui, huic libello praefigam.

Iohannes Strauchius Coldicii, Misniae oppido, natus est, anno recuperatae gratiae CIↃ IↃC XII, quarto nonas Septembres: patre Johanne, quem ipse alicubi * rationalem aulae Coldicensis appellat. intelligendum est autem, eo tempore celsissimam principem, Sophiam, quae olim Christiano I, septemuiro creandis imperatoribus Saxonico, nupta erat, uitae fortunarumque sedem ibi constitutam habuisse. Iam elucebat in eo adhuc dum puero praeclara indoles, et egregium aetatemque supergressum ingenium, ut statim pater id, quod res erat, suspicatus, eum aliquando patriae non minus, quam familiae, insigne decus allaturum auguraretur. itaque domi liberaliter educatus, et omnibus doctrinis, quibus puerilis aetas impertiri debet, eruditus, ad discendas Graecas Latinasque literas in gymnasium Cizense, inde a. CIↃ IↃC XXX in academiam Lipsiensem missus est, auctore cumprimis Iohanne Schiltero, Iohannis Schilteri nostratis patruo, iurisconsulto et doctore longe celeberrimo, curiae supremae electoralis, et consistorii ecclesiastici, quae Lipsiae sunt, quondam adsessore, et Scabinatus Seniore: cuius in se si non excedant parentum merita certe cum his paria facere posse, ipse testatum ** reliquit. ibi philosophiae, et humanitatis, itemque iurisprudentiae studio operam

tam

† uit. clariss. uiror. part. 8, n. 17. †† im Schau-Platz vornehmer und berühmter Staats- und Rechts-Gelehrten, n. 5. * in Papiniano ** d. l.

tam bene nauauit, ut breui tempore magnos in ſcientia iuris profectus faceret, in utroque autem orationis genere plane admirabilis euaderet, et ab ea ratione, quae eſt in ſcribendo optima, quam proxime abeſſet. Atque id eo magis mirum uideri debet, quoniam illa aetate non modo Lipſiae, ſed ne tota quidem Germania, praeter unum Auguſtum Buchnerum, ullus extitit, qui ueteris aeui elegantiam aut ſectaretur, aut adſequeretur. quam ego rem, ne mihi nimia fortaſſis libertate inuidiam contraham, diſertiſſimi viri, et periti harum rerum arbitri, Petri Burmanni potius, quam meis, uerbis enarrare conſtitui: *adflauerat*, inquit, † *peſtilens quoddam ſidus omnes fere Germaniae academias, quarum profeſſores a natiuo Latini ſermonis nitore deſciſcentes, et, deſerto optimo bene loquendi magiſtro Cicerone, ad ineptam quandam ſcriptionem ſe applicauerant.* et paucis interiectis: *ex Ennii ſterquilinio, ex Pacuuii ſordibus, antiqua et abſoleta uerba eruebantur, Plauti plebeiae, et quae ſummam modo caueam olim delectauerant, voces et locutiones grauiſſimis etiam rebus accommodabantur. argutis ſententiis, et ridiculis acuminibus, eneruabatur omnis uis orationis, et adfectata periodorum breuitate ieiuna per ſe, & macra dictio, ut Abſyrti corpus, lacerabatur.* Sic ille. omnino veriſſime. neque ad id demonſtrandum opus eſt exemplis longe quaeſitis. legat mihi quis virorum cetera doctiſſimorum, et meritorum gloria immortalium, Thomae Reineſii, Gaſparis Barthii, Andreae Riuini, Matthiae Berneggeri, et aliorum eius temporis aequalium, ſcripta, cuiuſcunque tandem generis, facile uidebit, nihil praeter fidem veri a Burmanno dictum eſſe. At longe aliam uiam iniuit Strauchius, ſiue eam Buchnerus commonſtrauerit, reperio enim Vuittembergam excurriſſe, ſiue ipſe, quod magis exiſtimo, naturae quadam bonitate nonniſi ab optimis dicendi magiſtris exemplum ſibi petendum ſtatuerit. Et prorſae quidem orationis quantus artifex fuerit, cum eius fere omnia, tum inprimis aliquot teſtantur epiſtolae, quibus libros a ſe conſcri-

ptos

† orat. funebr. in obit. Graeu. p. m. 17. †† lib. III, de offic. c. 16.

ptos dedicauit. nam poëticen non leuiter attigisse, sed totam plane complexum esse, ut alia taceam, satis ex his, quae complura fudit, epigrammatis constat: in quibus duo sunt plane capitalia, alterum in Hermannum Contringium, alterum in Paulum Sleuogtium, huius nostri Sleuogtii patrem. ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui lumen illud progenuit, ex filio est nominandus. licet enim mihi mea facere hoc loco Ciceronis †† uerba

Sed ad Strauchium reuertamur. Is a. CIↃ IↃC XXXIII Ienam delatus se, suaque omnia, uiro de historiis rei publicae Germanicae optime merito, Friderico Hortledero, qui erat ipsi proxima cognatione iunctus, permisit, eoque conciliatore ad excutiendos scriniorum Vinariensium pluteos admissus, primas lineas duxit praestantissimi illius operis, quo controuersias quasdam illustres seculi sexti et decimi exposuit: quod opus hodie *dissertationum iuris publici*, seu *exotericarum*, nomine circumfertur,* et ad intelligendas imperii ciuilis rationes permultum facit, quin immo ad ipsum religionis, qualis tum erat, statum illustrandum haud parum conducit. Vsus est illis in dissertationibus iudicio graui, [redacted] sincero, atque ad fidem rei potius, quam ad auram popularem, composito: quippe non ueritus ipsi diuo Luthero, cuius ceterum lectione mire delectabatur, dicam scribere, nec obscure credulitatem obiicere, in caussa tumultus Packiani, in qua diuinum uirum ignorantia stili ciuilis lapsum esse, ingenue et profitetur, et demonstrat. Praeterea Strauchius eo toto triennio, quo Ienae haesit, ne more eorum, qui sibi ipsi exemplum esse uolunt, nimia ingenii fiducia de uia deflecteret, studiose cauit, et rectum cursum tenuit, atque ad audiendos celeberrimos iurisprudentiae doctores, Dominicum Arumaeum, Valentinum Riemerum, et Sebastianum Beerium, siue illi ius priuatum, siue publicum, uel legendo, uel disputando, interpretarentur, frequenter accessit

 Cum

† lib. III, de offic. c. 16 * optima earum, [redacted] locupletissima, editio prodiit Francofurt. 1679, 4

Cum deinde aliquo interiecto tempore Lipsiam redijsset, instigatione Sigismundi Einckelthusii, et Iacobi Bohemi usus, praecipue uero a Benedicto Carpzouio beneuole exceptus, scientiaque ordinis iudiciarii, et quid in caussis agendis spectandum foret, diligenter instructus est: cuius frater Iohannes Benedictus, theologus, *non solum conuictu suo ipsum multis annis tenuit, et cum consiliis, tum rebus ipsis, ampliter iuuit, in aduersis erexit, in dubiis firmauit, denique amici ueri personam ubique praestitit, et conscientiae eius, quam diu Lipsiae habitauit, moderatus est*, ut ipse loquitur.* Emeritis itaque octo quasi annorum stipendiis, et probe in studiis liberalium artium uersatus, sibi uisus est non impudenter doctoris philosophiae, quem magistrum uocamus, ius et nomen petere posse, quod a. CIↃ IↃC XXXVIII non modo facile impetrauit, sed et praeterea in collegium maius principum adscitus, deinde allectus in senatum ordinis philosophi, denique docendarum Latinae linguae et historiarum publico muneri impositus, egregios laborum fructus retulit. Nemo, qui Strauchium nouerit, dubitare potest, multa, dum his muneribus fungeretur, egregia plane, et se digna protulisse ingenii monumenta, quae autem ad nostram notitiam peruenerunt, quaeque ipsi uel uidimus, uel legimus, non ab ephemeridum sartoribus incerta fide descripsimus, haec sunt: *de origine imperiorum discursus*, ut dum loquebantur, *politicus, de naturalibus uiuendi generibus exercitatio, Thrasybulus*, seu *meditatio historico politica de amnestia*, et alia *de induciis bellicis*, potissimum autem *tres* elegantissimae *ad Cornelii Taciti Germaniam dissertationes*,** quarum altera *Germanos esse indigenas* probauit, altera *de modis adquirendi priscorum Germanorum* tractauit, tertia denique *de armis Germanorum, eorumque ad rempublicam usu*, luculenter, et plane ex fontibus exposuit

Neque

* In dedicatione altera dissertationum ad ius Iustinianium, anno 1659.
** institutionum iuris publici specimini subiectae, Francof. 1683, 8.

Neque tamen iurisprudentiae oblitus est, aut operam suam hoc in studiorum genere expetentibus defuit, quandoquidem in otio illo literario *dissertationes undetriginta ad ius Iustinianum priuatum* composuit, et a. CIƆ IƆC XXXXVII prodire iussit: * in quibus repudiato pandectarum ordine, is enim nullus, et confusio potius, quam ordo est, ad institutiones imperatorias, tanquam ad certum fixumque sidus, cursum direxit, eaque re effecit, ut non studiosi literarum tantum, sed magni quoque iurisconsulti earum elegantiam in oculis tulerint, atque imitati sint, ut dudum optimus interpres ** bene obseruauit. habeo tamen ex ore uiri cuiusdam illustris, et fide cumprimis digni, qui Strauchio familiarissime utebatur, uoluisse, nisi tot et tanta negotia solus sustinuisset, totum eum librum immutare, et se intra ordinem in pandectis traditum continere: non quod Cuiacio crederet, omnia ibi arte mirabili cohaerere, sed quod plerosque illi adsuetos sibi persuadere uideret, hac parte inanem operam, et a se, et ab illis omnibus, Connano, Donello, Vulteio, qui idem conati forent, sumtam esse. postremo Iohannes Georgius Kulpisius † commemorat, *ius Iustinianum sub manibus se habere, ex propriis auctoris additionibus, nobilissimisque obseruationibus, maximam partem practicis, altero tanto locupletius, Strauchiumque nouissimis scholis suis, quas super ea in academia Giessensi priuatim sibi, et quibusdam aliis habuerit, pluribus locis priorem sententiam correxisse, et tum quoque ipsum textum aliter scribere iussisse.* Eodem tempore *decem dissertationibus* titulum digestorum ultimum *de diuersis regulis iuris antiqui* enarrauit, non ita quidem, ut singulas leges interpretari susciperet, sed ut uarie dispersas in locum quamque suum restitueret, atque ad usum uitae ciuilis transferret. quarum eximia pulchritudine captus uir magnificus, Felix Spizius, hodie iurisconsultorum in academia Al-

 torffina

* recusae sunt 1659, 1666, 1682. ** Christianus Thomasius, uir illustris in praefat. annot. theoret. pract. ad Strauch. 1683. † praef. ad Strauchii specim. iur. publici

ſorſſina primicerius, cum autem ditionis Salanae iuridicus, eas denuo in academia Ienenſi ad diſputandum propoſuit, et recudi fecit. †† Hoc rerum ſuarum ſtatu animum ad rem uxoriam adieciſſe ſcio. cuius autem gentis uxor illa fuerit, comperire non potui, niſi quod ſuſpicor Leibnitiam fuiſſe, et fortaſſe Friderici Leibnitii, philoſophiae practicae in incluta philyrea profeſſoris, filiam, cum uir illuſtris, Godofredus Guilelmus Leibnitius, eum affinem ſuum uocauerit. ††† Sed nihil definio. multa enim contra dici poſſunt

Interea Strauchius, cum ſuperiores libros edidiſſet, plures autem in pluteis premeret, obſtetricante occaſione luci aliquando exponendos, non iam lyta, aut prolyta, ſed auctor plane iuris, et anteceſſor, ſolemnes ex iuriſprudentiae ſtudio honores a. CIƆ IƆC LX ab ordine iuridico Salano ſibi conferri uoluit, non ut ſtudiorum praemium, quod nimis ſerum fuiſſet, annos enim nouem et triginta natus erat, ſed ut dignitatis, qua tum gaudebat, incrementum, et ad maiora nitenti decus et robur forent. itaque receptus in numerum candidatorum, et more maiorum priuato primum examine exploratus, deinde ad edenda publice ſpecimina ſe comparauit. tum lectione auſpicali uexatiſſimam legem, * et a nemine ante huncdiem, ne a Petro Abelardo quidem, quanquam mago, ſi uera eſt uulgi fabula, nedum a ſtercoreis illis gloſſographis, ſed nec ab elegantioribus iuriſconſultis, Andrea Alciato, Petro Crinito, Guido Pancirollo, Elberto Leonino, recte intellectam, tam bene expoſuit, ut nihil deſiderari queat. nemo me temeritatis accuſet, quod de libro, qui nunquam literis impreſſus, a me autem neque uiſus, neque lectus eſt, tam confidenter pronunciare auſus fuerim. id enim, quod dixi, ſatis ex Chriſtophori cuiuſdam Vueſelouii, uiri non indocti, et in Strauchii hoſpitio quondam uerſati, commentatione critico iuridica de quinque pedum praeſcriptione, ** intelligitur. eandem deinde ob cauſſam diſſer-

†† a.1674 forma ordinis quarti. ††† In ſpec. quaeſt. philoſoph. ex iure collectar. qu. 7. * L 5 C. fin. regundorum. ** §.17, et 18, edit. Hannouer. 1672, 12.

dissertationem *de accessionum quibusdam maxime controuersis speciebus*, ab Ahasuero Fritschio conseruatam,* publice proposuit, quae quid contineatur, ipse titulus affatim ostendit. Haec porro res uiam ipsi muniuit ad locum in senatu ordinis iuridici consequendum, quem in academia Ienensi a. CIↃ IↃC LII obtinuit, et edita primum perbreui illa quidem, et exigua, docta tamen lucubratione, *de noui operis nuntiatione*, octo deinceps annis summa grauitate tuitus est

Hic iam noster campum, in quem excurreret, nactus omnes praestantissimi ingenii sui dotes mirifice explicauit, cupidaeque legum iuuentuti legendo, et disputando praeiuit, nunc institutiones, nunc pandectas, nunc codicem interpretatus, mox scita canonici, mox instituta publici iuris expendens, nulla denique parte muneri suo non satisfaciens. Teruntur adhuc hodie manibus doctorum uirorum praelectiones eius: et meminit aliquarum ex his illustris Sleuogtius,** aliquas Schilterus*** passim exercitationibus ad pandectas suis inseruit, per autem multae extabant apud Georgium Schubartum, magnum olim academiae huius decus, quae quo peruenerint post mortem eius, dicere non habeo. Sed memoriam nominis sui praeter *exotericas*, paullo superius commemoratas, his amplificauit scriptis: dissertatione *de imperio maris*, cui multum debere uirum diligentissimum Georgium Hornium in arca Noae diuus Schurzfleischius † annotauit, item *Irnerio non errante*, nuper a Cornelio Bynkershoekio †† aliquot locis emendato, praeterea commentationibus *de ueritate inuicem rei praestanda, de centum lapidibus urbicariis ad titulum pandectes de officio praefecti urbi, de statutis a summo principe, de usufructu, de iure soli in superficiem, de condictione furtiua*, et fortasse aliis. Atque utinam licuisset diuino uiro

---

* in differt. legal. n. 3. ** de iure, aequit. et interpret. iur. cap. 1. § 5. item de diuis. benefic. differt. 1, pag. 7, et de officiis, p. 32. *** exercit. 9, § 7, et ex. 47. § 28, 29. † de seruitute maris, thes. XL. †† de auctor. authent. cap. 6

uiro telam, quam *sex exercitationibus* † famosarum illarum *quinquaginta decisionum* enarratione exorsus erat, pertexere, nihil amplius requiri posset. nunc ut Apelles Veneris caput, et summa pectoris, politissima secundum Ciceronem †† arte perfecit, reliquam partem corporis tantum inchoauit: sic ille in decem decisionibus solum elaborauit, reliquas non modo imperfectas et rudes, sed plane intactas reliquit. aegre certe hoc labore caremus. ††† nam qui nuper ad eas decisiones illustrandas accessit Dominicus Bassus, professor Viennensis, non modo a bonis literis, sed ab omnibus etiam aliis praesidiis, imparatus fuit. Cum enim Strauchius, praeter moralem et rationalem philosophiam, sociam atque adiutricem adhibuerit eruditionem, et notitiam antiquitatis, simultatumque inter iurisconsultos exercitarum, et utriusque linguae summam peritiam, atque his luminibus sensus quinquaginta decisionum, uentosa et enormi Iustiniani loquacitate nimium obscuratos, feliciter euoluerit, apparet sane, qui opus ab ipso coeptum perficere uelit, debere his artibus omnibus instructissimum esse

Inter haec tribus diuersis temporibus decanus, ut appellant, factus, candidatis honorum academicorum in publicum productis, difficiles quasdam, nec uulgares, iuris materias singularibus programmatis explicare instituit, ut sunt illae, *de furto rei propriae*, *de caede furis nocturni*, *de nomine pacti commissorii*, *de pollicitationibus*, *de libertis ob ingrati uitium in seruitutem reuocatis*, *de nundinis*, et *ad l. penult. de rebus creditis*. Sed praeter cetera unum est in his programmatis longe excellentissimum, quo antichresin recte definiri a iurisconsultis mutuum pignoris usum, ab iisque sine ratione dissentire docuit Claudium Salmasium, quem ait, *cum ingenii fiducia, opeque glossariorum suorum, omnes omnium artium scientiarumque doctores docere praesumsisset, haud certius creditae huius omni-*

scientiae

† edit. Giess. 1676, 4, et alibi †† lib. 1, epist. ad diuers. epist. 9, de offic. lib. 3, c. 2. ††† Beyer. spec. 2, not. auct. iurid. n. 17

Digitized by Google

scientiae naufragium passum esse, quam ubi scripta sua in foro iuris ciuilis exponere coeperit, atque huiusmodi ἐναντιώσεις et illud accensendum esse, quod de antichresi iurisconsultis dedisse imputarit, scireque contra iusserit, non usum contrarium, sed minimum contrarium, ea uoce significare* quod mihi hoc magis placuit cum Gerardum Noodtium V. C. quinquaginta quasi annis post eandem Strauchii sententiam, & iisdem plane rationibus defendisse animaduerti. nam Noodtium, postquam apud Strauchium legerat, hinc descripsisse, et in suas obseruationes ** retulisse, nolim equidem de tam ingenuo et humano uiro, cui ipsi tantum est cornu copiae, facile suspicari

Venio nunc ad eam uitae Strauchianae partem, quae mihi maxime notanda uidetur, non solum, quia ab aliis silentio est praeterita, sed et quia maxime idonea est ad confutandas pragmaticorum calumnias, qui, cum omnes ueram, nec simulatam, iurisprudentiam professos ubique carpunt et mordent, tum nullam temere occasionem dimittunt, ipsis exprobrandi rerum forensium imperitiam, quasi qui scholas tantum subselliis suis exercere didicerint, ceterum ad caussas orandas manifesti ignorantia artis tabulariae, quod Bachouio accidit, si ipsis credere licet, nam apud scriptores uitae eius talis de Bachouio † nulla suspicio est, formula cadant, et optimas partes pessime defendant. quam intemperiem etsi satis superque suo exemplo castigant, Franciscus Connanus, Bartholomaeus Faius, Barnabas Brissonius, Ludouicus Charondas, Iohannes Bertrandus, uterque Faber, Petrus et Antonius, et hic quidem acerrimus, et tanquam iuratus eorum hostis, uiri summis non in academia, sed in foro et aula, muneribus maxima cum laude perfuncti; commodus tamen hic novo eos argumento conuincendi locus praetermitti non debuit. Nempe euenerat, ut celeberrima Saxoniae inferioris urbs Brunsuiga indigeret protosyndico, per quem ea omnia, quae in republica communiter fieri agique oportet, secundum loci consuetudinem explicari possent. ibi tum proceres eius ciuitatis Georgium Adamum Struuium, doctissimum et parem antiquis iurisconsultum, cuius in agendo dexteritatem iam ante experti erant, ad se pertrahere omnibus uiribus moliebantur. Sed is grauibus de caussis accipere conditionem noluit. Strauchium autem haud sane difficulter commouit, ut de statione Ienensi decederet, et Brunsuicensium uoluntati, a quibus consilio Struuii euocatus erat, morem gereret. nam inciderat in illa tempora feralis quidam propter *pennalismum*, communem olim scholarum Germaniae pestem, excitatus tumultus, quo nimis infamabatur

* libro de modo usurarum, cap. 14, pag. 611

** lib. 2, obseruat. cap. 9. † N. H. Gundlingius, uir excellentissimus, part. 1, otior, cap. 3.

Digitized by Google

hoc literarum propter Salam domicilium, et nisi deus illud respexisset, et imminentem interitum, ceteraque pericula, auertisset, actum omnino erat. Strauchio certe circumspectis rebus omnibus ita uidebatur. quocirca fecit, quod prudentes solent, hoc est, quae e re sua suorumque fore existimabat, disposuit, et habita *de Beryto* oratione collegis iuuentutique academicae uale dixit, denique Brunsuigam cum suis abiit.

De Beryto autem hac de caussa uerba fecit, quod eadem, quae Ienam, Berytiensem quoque scholam afflixerat petulans nouitiorum initiatio, cum studiosi iurisprudentiae passim indigna quaedam et seruilia, uel in ipsos professores, uel in socios suos, et maxime in eos, qui rudes ad recitationem legum peruenerant, committerent, ut imperator noster * testatur. ista sterilis in speciem argumenti oratio a Strauchio, dum Brunsuigae haereret, subinde nouis accessionibus aucta, et sic tandem perfecta fuit, ut luculentae dissertationis *ad titulum codicis de metropoli Beryto* nomen ac titulum tueri posset: in qua difficillimum antehac, et ualde implicitum, de iure coloniarum argumentum optime extricauit, ut meo iudicio non indignus sit, qui, postquam nostra memoria in eodem campo Ezechiel Spanhemius, Iohannes Vaillantius, et Iohannes Harduinus decurrerunt, ad triumuiros illos quartus adscribatur. Ipsum porro protosyndici munus, ut ad illud redeam, bene diligenterque administrauit, et non solum optimum ciuem, sed optimum quoque uirum se gessit, summam in consulendo prudentiam, in agendo celeritatem, grauitatem in respondendo, omnibus ordinibus mire approbans, et nihil plane, quod ad officium suum spectaret, praetermittens: semper sine dubio in hac consuetudine perseueraturus, nisi morum quadam dissimilitudine Brunsuicensium animi ab eo alienati diffidere uiro integerrimo coepissent. Nam cum illi praedicatam a ueteribus gentis suae in uita ciuili simplicitatem tenacius conseruarent, Strauchius autem, quam teneris olim annis imbiberat, Lipsicam elegantiam dediscere siue nollet, siue non posset: tum aliqui ex his, quorum, credo, intererat, eum Brunsuiga exesse, auide hanc occasionem arripuerunt, et facile politam illam morum culturam aliquid monstri, et nescio quid occultatae calliditatis alere, populo suo persuaserunt. huc accessit et aliud. duxerat, defuncta priori uxore, aliam Ienae, doctissimi iurisconsulti, Erasmi Vngebaueri filiam. iam, ut sunt mulieres, non putant olus aeque bonum alio loco nasci, Strauchia dulcedine natalis soli adeo se trahi passa est, ut, si quando ad inuisendos ueteres amicos Ienam excurrisset, nunquam, nisi multis continuis, et fere quotidianis flagitationibus, domum suam reduci posset. quae duae res quam molestae nostro acciderint, sponte liquet. Tum admodum opportune

in

* in praefat. pandect. ad antecess. de ratione docendi iuris, §9

Digitized by Google

is, quem supra laudaui, quemque iterum honoris caussa nomino, excellentissimus Struuius, in aulam Vinariensem emigrans, pro ueteri amicitia sua effecerat, ut Strauchius ex illo quasi ergastulo in hanc academiam a. CIↃ IↃC LXVIII reuocatus sibi sufficeretur.

Ceterum nec in medio foro literas deseruit, ad eas potius, tanquam ad tutissimum portum, confugit, animumque, strepitu et murmure forensi fessum, harum rerum blanditia reparauit. nam praeter *kalendas Ianuarias*, festiuas Iupiter et laboriosas, quae notarum instar sunt *ad titulum utriusque codicis, Theodosiani, Iustiniani, de oblatione uotorum*, necesse est, scripserit hac tempestate *de captiuis et postliminio* commentarium, si uerum est, quod quidam prodiderunt, editum esse a. CIↃ IↃC LXIII huius argumenti auctore Strauchio libellum. quamquam ego, qui Epicharmium illud teneo, non temere credere, uix illis assentior. librum quidem ipsum nunquam oculis usurpaui, nunquam legi, ne ab alio quidem quoquam lectum, aut testis loco productum memini: sed neque ii, qui Strauchium optime nouerant, quique adhuc magno utriusque reipublicae commodo, precor ut quam longissime, superstites sunt, unquam de eiusmodi Strauchiani ingenii foetu uel fando inaudiuerunt. illud scio, Strauchium in animo habuisse, *de postliminio rerum imperii ex pace Vuestphalica* scribendi, uix autem ductis praestantissimi operis primis lineis mortem, ne reliqua perficerentur, intercessisse. an eius libri aliquid in publicum prodierit, nec ne, aeque cum ignarissimis scio, nec Kulpisius, ex quo haec descripta sunt, † auctor hac certe in caussa fide dignissimus, commemorat.

Itaque noster, nouis dignitatibus auctus, nam [redacted] ducum Saxoniae, ducisque Brunsuicensis, Ferdinandi Alberti, consiliarius, [redacted] collegiorum iuridicorum senior, et curiae prouincialis adsessor, denique codicis, nouellarum, itemque iuris publici et feudalis professor, et paullo post aulae Saxonicae Ienensis consiliarius intimus, et consistorii ducalis utriusque cancellarius et praeses, constitutus erat: sed [redacted] in hanc academiam postliminio reuersus, quod omnes artifices solent, ut experimentum profectus in articulo quodam artis suae difficili edant, [redacted] ipse, qui se iuris scientia censeri cumprimis uellet, non in uulgaribus, et attritis foro materiis, sed in his, quae caput sunt eius disciplinae, periculum faciendum esse statuit. Cum enim tres posteriores codicis Iustiniani libros enarrare inciperet, uenit ipsi Labitti in mentem, quem Daedaleo suo legum, quae in pandectis exstant, indice supra quam dici potest egregie de iurisprudentia nostra meritum esse non nesciebat.* igitur putauit e re sua fore, [redacted] in codice simile quid ipse ad-

 or-

† exercit. XIIII colleg. Grotian. p. m. 166

* uide, quae nuper dixi, commentatione, de utilitate ex humanioribus literis in iurisprudentiae studio capienda, §. 6

omnandum suaderet, et animos ad illud opus aggrediendum commonstraret singulari programmate, de quo plura omnino dicerem, nisi postquam illud Georgius Schubartus, V. C. in librum suum de fatis iurisprudentiae Romanae ** coniecit, in omnium manibus foret. Ex quo tempore omnes ad eum adolescentes concurrisse, etsi non aliunde constat, tamen satis prodit innumerus numerus, ut ille ait, dissertationum, eius ductu publice propositarum: quarum nos illas tantum hoc loco nominabimus, quas ipse ex penu sua protulit, non, quod in ceteris non et aliquae sint bene diligenterque elaboratae, sed quod ad Strauchium non pertineant. Sunt autem hae: *de nummo, de oppignorationibus imperialibus, ad edictum de alteruiro, de regno Arelatensi, de regula Catoniana, dissertationes aedilitiae duae*; altera *de redhibitoria actione*, altera reliquas duas actiones, *aestimatoriam* scilicet *et in factum* complexa; *de hostendiciis, de personis incertis*; et *dissertationum canonicarum solemnium trias*, quarum prima *de origine, libris, nec non auctoritate iuris canonici*, et altera *ad cap. uenerabilem X de electione eiusque potestate*, iam longo tempore ante seorsim, et deinde rursus, illa quidem in semestri primo amoenitatum iuris canonici fere tota, haec inter dissertationes iuris publici, editae sunt, tertia uero *ad cap. per uenerabilem X qui filii sint legitimi*, tum primum uno fasciculo cum duabus prioribus † coniuncta est, in cuius fine in peculiari diatriba capitulum *nouit X de iudiciis* illustraturum promisit, cuius promissi fidem etsi non expleuit, tamen suspicari licet, Martinum Neubergerum, senatus Ienensis syndicum, generum Strauchii, adiutum eius schedis, perdoctam illam ad hoc capitulum dissertationem, quam praeside Iohanne Volcmaro Bechmanno a. CIↃ IↃCLXXXIII. honorum iurisprudentiae candidatus uulgauit, conscripsisse, in qua praeter cetera †† *denunciationem euangelicam* examinauit, eamque inefficax iuris remedium, omni fundamento destitutum, et ab interpretibus iuris canonici confictum, esse demonstrauit. Porro Strauchius post reditum tet capessiuit ordinis sui prouinciam, hoc est decanatum, eaque de caussa festiua quaedam et docta programmata, *de auctoritate ueterum glossographorum et nouo rerum iudicatarum idolo, de iure, quod est circa rem alienam pignori datam, de poena periurii, de uariis aetatis humanae interuallis*, et *ad l. 7. C. unde ui*, prodire iussit. cumprimis autem anno CIↃ IↃCLXXI et deinceps faciendum sibi putauit, ut, quoties occasio ferret, ueteris cuiusdam iurisconsulti uitam cum uita eius, qui summos in iure honores prensaret, ita coniungeret, ut memoriam priscorum grate seruaret, et candidatos ad eandem gloriam adipiscendam excitaret, quo in genere notas mihi esse dissertationes eius numero
ad

** p. 646, seqq.

† a. 1673, 4. annexa est Euerardi a Vueihe oratio, de controuersia, an ius Pontificium doceri in scholis protestantium possit. †† cap. 7.

Digitized by Google

ad quindecim, alio iam loco ††† indicaui, ut nihil superfit, nisi eorum indicem huc apponi. Sunt igitur haec: *de Iuliano, de Celsis patre & filio, de Hermogeniano, de Cassio Longino, de Papiniano, de Marciano, de Africano, de Castellio, de Seruio Sulpicio, de Pegaso, de Martiano, de Iulio Paulo, de Tito Aristone, de Cocceio Nerua, et de Caio Aquilio Gallo.* plures enim explorare nondum potui.

Verum nec sic omnes indefessae eius industriae reliquias percensui, quandoquidem ad syllabatum etiam distinctiones et coniunctionum, et praepositionum proprietates descendit, singularemque libellum a. CIↃ IↃↃ LXXI *lexicon particularum iuris* inscriptum, composuit, non quidem ex Latinitatis scriniis, quod aliqui scribi credi postulant, depromtum, etenim pragmaticis consulere tantum uoluit; multo minus ex sterquilinio Caluini, ut stupidissimus nebulo quisquis est Adolphus Clarmundus putabat, erutum, sed maximam partem ex glossis ueterum, scriptisque recentiorum iuris auctorum, immensa diligentia, labore haud inutili collectum. Quid dicam de *duobus Amoenitatum iuris canonici*, exemplo Menagii scriptis, a. CIↃ IↃC LXXIII, et CIↃ IↃCLXXV, in decemque eclogas diuisis *stromatibus*: in quibus et canones aliquos priscae ecclesiae, et complura capitula pontificum, ac multos ueteris aeui ritus, adhibita historiae, et antiquitatum, addo etiam geographiae ope, tam bene, tam docte, tam eleganter explicauit, ut statim eorum in Bataius recudendarum consilium disertissimus Graeuius ceperit: audi quid ea de re ad Iohannem Schilterum * scripserit, ait: *perillustris Strauchii iuris amoenitates immane quantum placuerunt. quia nulla huius eruditissimi libri exempla in nostris tabernis reperiuntur, certum mihi est illum hic typographo nostrati recudendum credere. fac amabo ut hoc ex te rescificat ut si quid in illo uoluerit refingi, aut nouis accessionibus amplificari, tempori hoc curetur. non enim ante manus operi admouebunt, quam de uenerandi sobrini sententia mihi liquido constiterit.* Claudam totum hunc de operibus Strauchii locum insigni quasi monumento, quod honori magni quondam doctoris sui, ita enim ipse appellat, illustris Sleuogtius noster ** posuit, his uerbis: *Quantus in Strauchio quondam nostro, non iuris modo ciuilis & sacri, priuati ac publici, sed literaturae omnis ac reconditissimae philosophiae iuncta insigni κριτικῇ δυνάμει, paratus? quanta Latinissimi stili, ad Sallustii, ac Plinii iunioris exemplum accedentis, grauitas ac robur? quanta in breuissima breuitate ubertas sententiarum? taceo maiestatem, et quendam, ut sic loquar fastum sermonis, quotiens oratoris sustinendas partes erant: testisque locuples est plena generosi spiritus dedicatio Kalendarum Ianuariarum, totoepigrammata, mirifico uigore, atque acumine, praestantissimos aeui*

††† disput. 1, de incend. pag. 2 auersa * epistola Graeuii, quam desiderasse uideor in collectione Fabritiana, est apud Schilterum, exercit. VII ad π. §. 3 not. e. ** programm. de ingeniis Germanor. a. 1694

aeui huius poetas prouocatura. ut una in sede tam diuersas ingenii dotes conuenisse, unum eundemque uirum cum philosophis certasse subtilitate, cum criticis polyhistoria, cum aliis oratione tam uincta, quam soluta, in quamcunque partem iurisprudentiae aggrederetur, in ea ita excelluisse, ut nihil aliud egisse uideretur, parum a prodigio absit. Sane attestantur illae ex publico iure controuersiae, illae de imperio maris, de centum lapidibus urbicariis, de kalendis Ianuariis, itemque ad decisiones Iustiniani dissertationes: quas postremas Veneri Apelleae iure compares, tandemque et iuris canonici amoenitates. si suo uiuere arbitratu, solisque studiis uacare Strauchium contigisset, neminem eodem priorem facile futurum, hactenus ille.

Quod postremo loco dicit, non licuisse ipsi suo uiuere arbitratu, solisque uacare studiis, ita habet. admonui paullo superius, praefectum fuisse, quemadmodum ipse dicere solitus erat, praetorio ducali Saxonico Ienensi, id uitae genus, quia periculosae plenum est aleae, et nemini, ne bene quidem de republica merito, securum, facile patet, multas aulico deuorandas esse molestias, multa taedia: quarum rerum cogitatione quin animus a studiis doctrinarum abstrahatur, fieri non potest. deinde honeste acta superior aetas Strauchio iam seni animum addidit, fortasse quam decuit, certe quam alii uellent, majorem, ut neminem post haec uereretur, imitaretur neminem, et eum se esse crederet, unde sibi et principes, et populi, consilium expetere deberent. quare cum aliter uisum fuisset munificentissimis huius academiae nutriciis, Struuium, septem integris annis nostro iuniorem, defuncto Richtero, praesidem ordinis iuridici, quem *ordinarium* uocari mos est, deligentibus, hoc ipse indignissime tulit, et collegas primum, postea totam quasi academiam odisse coepit. Porro in aula quoque ingrauescens aetas, labentesque uires, et praecipue, quod more senum instituere ceteros, atque ad omne officii genus instruere, non rogatus auderet, uiliorem et inuisum fecit, tandemque ab oculis aemulorum penitus submouit. Nam cum praeter uxorem legitimam diuus princeps Bernardus aliam deperiret, non admodum reluctante, immo, ut rumor erat, approbante Strauchio, statim in eum complurium odia conuersa sunt, et imminuta paullatim melior de integritate uiri opinio, ipseque principis animus adeo mutatus est, ut, quem paullo ante cupide amauerat, nunc siue blanditiis uxoris, siue aliis consiliis motus, non minori studio auersaretur, et fastidiret. quapropter Strauchius in tempore collegit uasa, et internuncio docto quodam uiro, qui ex disciplina sua prodierat, eo rem perduxit, ut ad docendam in academia Giessensi iurisprudentiam, obeundumque procancellarii munus, sine mora euocaretur. Videntur autem haec omnia Strauchio non ex improuiso accidisse: certe non uanus augur fuit, cum in uita C. Aquilii Galli † sic scripsit: *Sed destinam*

† a. CIↃ IↃC LXXIII, kal. Februariis.

nam iam tandem uos, patres, officiis fatigare --- FORS POSTHAC NON DABITVR OCCASIO, uos ---- quouis alio officii genere demereri

Secutus igitur, quo fata ducebant, et ex turbido illo naufragio emersus, Giessam se, tanquam in portum aliquem recepit, a. CIↃ IↃC LXXVI. hoc enim anno Ienae excessisse necesse est, si, ut est apud Iohannem Schilterum, * rerum eius callentissimum, continuos quatuor annos in academia Giessensi transegit: etsi non nescio, aliter Zeumerum sentire, cuius hac in re auctoritatem si quis Schiltero praeferendam putat, ad agnatos et gentiles deducendus est. Quid ibi praelegerit, quidue scripserit, dicere non habeo: nisi quod inuenio *Gratianum conciliatorem* a. CIↃ IↃC LXXVII publici iuris fecisse, qui utrum diversus an idem sit *prolegomenis ad Gratianum*, quorum uir excellentissimus, Burcardus Gotthelff Struuius, ** meminit, iudicabunt ii, quibus legere illa contigit. Tandem cum artem iuris publici eo ordine, quem in tradendis priuati iuris elementis imperator Iustinianus praescripserat, interpretari orsus esset, ut dudum eruditis innotuit, ex *fragmento institutionum iuris publici*: †*† *illo ipso tempore*, ut ait Kulpisius, † *quo inter publicarum rerum iura in expeditione Romana explicanda occupabatur, suam in coelestem patriam expeditionem, quod dudum optauerat, suscipere iussus est*: †† *exemplo memorabili eorumque numero addendo, quibus alii subinde iurisconsulti clarissimi, priuati iuris titulis, de mortuo inferendo, de religiosis et sumtibus funerum, similibusue tractandis immortui leguntur.* Ad liberos eius quod attinet, constat filias suscepisse duas, filios totidem, quorum alter sacro apud Hassos muneri impositus dicitur, uir, ut audio, probus, et satis eruditus. de altero uerum fuisse aiunt illud, ἀρχὴν τίκτει, et quae sequuntur. notum est enim prouerbium. Bibliothecam, quam habuit instructissimam Francofurtum ad Moenum delatam esse, Schurzfleischius auctor est. ††† De moribus uiri non necessarium est aliquid addere. satis enim ex his, quae dicta sunt, perspici possunt

MONU-

---

* exercit. XXXIII. §. 44.

** biblioth. iurid. cap. XII, §. 1

†*† Francof. 1685, 8. † in praef. instit. iur. publ. †† a. CIↃ IↃCLXXVIII, mense Decembri, ut prodidit Schilterus, d. l. ††† tom. I. epist. arcan. 14.

MONVMENTVM STRAVCHIANVM

D. O. M. S.

IOHANNES STRAVCHIVS
IVRECONSVLTORVM AETATE SVA PRINCEPS
BONARVM LITTERARVM IMMORTALE DECVS
ANNO XII SAECVLI LABENTIS
IN OPPIDO MISNIAE COLDICII NATVS
INTER HONESTA ET RECONDITA STVDIA
PRIMAM AETATEM TRANSIGENS
VIRTVTIS AC LIBERALIS DOCTRINAE LAVREAM TVLIT
IN ACADEMIA LIPSIENSI
ORDINI PHILOSOPHORVM IBIDEM ADSCRIPTVS
LATIALIS FACVNDIAE AC HISTORIAE DISCIPLINAM
PLAVDENTE LITERATORVM COETV TRADIDIT
IENENSIVM IVRECONSVLTORVM COLLEGA
ET MOX IN MEDIO FORI STREPITV
BRVNSVICENSIVM PROTO SYNDICVS
VOCE CALAMO CONSILIIS MVLTIPLICIQVE OPERA
SALVTI STVDIORVM PARITER AC CIVITATI PRAESTO FVIT
DONEC IENAM RVRSVS EVOCARETVR
QVOTIDIANVM LEGVM CVPIDIS INCITAMENTVM
IVRECONSVLTI PERFECTI EXEMPLVM AC REGVLA
VBI IN TANTO RERVM SVARVM FLORE
REGIMINI TANDEM PRAEFICITVR
VTRIVSQVE CONSISTORII PRINCIPALIS
A BERNHARDO SAXONIAE IVL. CLIV. ET MONT. DVCE
CONTRA QVAM STATVERAT
IN ACADEMIA CONSENESCERE
SPRETIS HVIVS AMORE SVMMIS HONORIBVS
HEIDELBERGAE ATQVE COBVRGI ANTEA OBLATIS
FATIS AVTEM DENVO VRGENTIBVS
GIESSAM PRAETVLIT IENAE
IN QVA PROCANCELLARIVS ET ANTECESSOR
HONORIBVS VNDIQVE AVCTVS NEC MINVS VITAE SATVR
SVPREMVM IN CHRISTO DIEM OBIIT
AETERNA BEATITATE FELIX
A. D. II. DECEMBRIS, ANNO. clɔ Iɔc LXXIX.

P. C.

MOESTISSIMI HEREDES.

DISSER-

Digitized by Google

Συν Θεῷ.

DISSERTATIONUM,

AD UNIVERSUM JUS JUSTINIANIUM PRIVATUM,

PRIMA.

De naturâ Jurisprudentiæ & statu hominum.

RESPONDENTE

JOH. HENRICO TIMÆO.

APHORISMUS I.



Uri, *ut significat disciplinam, seu systema præceptorum civilis societatis*, operam daturum, nosse oportet, unde nomen juris descendat, *undejus denominetur*. Est autem à Justitia appellatum, *non derivatione Grammatica, sed denominatione Logica. Recte Augustinus lib. 19. de Civ. Dei. c. 21.: illud jus esse dicit, quod de justitia fonte emanavit. Lopez. 1. animadv. 1. Dissentit Wissenbach. disp. pand. 1. th. 8. quem valde puto falli, dum ait, propterea jus, quatenus ars est, a justitia non descendere, quia justitia sit habitus, quem præcedere debeat scientia. At imo oportet omnino habitum fuisse prius ipsa arte: Ex habitu enim mentis progressus factus est ad comprehensionem præceptorum. Habet ergo denominationem jus a justitia, ut intelligatur id esse, quod justum est.* Nam ut eleganter Celsus definit: Jus, *systematice consideratum*, est ars, *comprehensio præceptorum*, æqui & boni. *l. 1. pr. de J. & J.* Hujus studii, *disciplinæ*, duæ sunt positiones, *velut cella & repositoria, quo reponuntur præcepta civilia.* Publicum, quod ad statum Rei publicæ Romanæ spectat, quod in sacris, sacerdotibus & Magistratibus consistit. *l. 1. §. 2. de I. & I. Aliter accipitur, quando testamenti factio dicitur esse juris publici. l. 3. ff. Qui test. fac. poss. tutela munus publicum. pr. Inst. de Excus. Tut. Hæc enim ad rempubl.*

Jus a Justitia est appellatum.

Quo sensu?

Jus systematice consideratum quid? Jus publicum.

Publicum dupliciter dicitur.

ἀμέσως non respiciunt, l. 6. §. tutela. 15. ff. de excus. T. sed ea ratione dicuntur juris publici, quia non possunt privatorum conventionibus mutari. l. nemo potest. 55. de leg. 1. ut mutari possunt contractus. Et hac Dd. dicunt esse juris publici auctoritate tantum, illa vero & auctoritate & utilitate.

CHRISTIANI THOMASII

ANNOTATIONES

AD DISSERTAT. I.

AD THES. I.

JURI) Juris significatus varios vide *l. pen. ff. de J. & J. adde Hahn. ad VVesenb. d. J. & J. n. 14. Ericum Mauritium de princip. J. publ. cap. 1. Magnif. Dn. Strauch. ad B. Eckolt. de J. & J. §. 16. Grot. de J. B. & P. lib. 1. c. 1.* Potissimum sumitur dupliciter, vel pro *attributo personæ*, vel pro *lege*, *Grot. d. l. §. 4. & 9.* Jus pro *attributo personæ* sumtum, est qualitas moralis personæ competens ad aliquid juste habendum vel agendum, estque vel *perfecta*, vel *imperfecta*. *Perfecta* Grotio *facultas* dicitur, aliis *potestas*, item jus stricte dictum, & tum alicui competit, quando is, qui alteri quid debet, non solum peccat denegando debitum; sed & is, qui hac facultate gaudet, ab altero debitum exigere potest, extra civitatem, per vim privatam; in civitate, per vim publicam, e. g. jus in re & ad rem cum suis speciebus, item potestas patria & dominica, *adde §. 12. Inst. de R. D. pr. Inst. de reb. corp. & incorp. §. 1. de servit. pr. Inst. de his, qui sui vel al. jur. &c.* Qualitas moralis *imperfecta*, quam *aptitudinem* vocat Grotius, est, quando non possum exigere debitum per remedia coactiva, dignus tamen invenior, cui id conferatur, ac alter peccat, qui mihi hoc sine causa denegat, *vid. Dn. Ziegl. ad Grot. p. 45.* ut jus petendi eleemosynas, item honores civiles. Jus pro *lege* acceptum est jussus superioris, obligans inferiores ad honesta facienda, & inhonesta omittenda, ita accipitur *§. 1. 2. Inst. de J. N. G. & C.* Quæ ideo prænotasse opus erat, tum, quia confusio harum duarum acceptionum causa est infinitarum litium inter JCtos; tum, quia Auctor jus in alio significatu, & nempe pro systemate acceptum definit §. 2. in alio autem & prout pro lege sumitur *§. 1. 2. 4. & seqq.* dividit.

PUBLICUM) Jus publicum sumitur (1.) *efficienter*, quo jus aliquod ef-

ctorem habet eum, qui summa potestate præest, vel quæ per potestatem publicam inductum est, ita *in l. 3. ff. qui test. fac. poss.* testamenti factio dicitur juris publici; eodem modo supponitur *in l. 15. §. 1. ff. ad l. Falcid. & in l. 29. ff. de testam. tut.* Hic significatus præsentis loci non est, quia ita jus privatum, utpote & ipsum à Principe latum, publicum dici potest. (2.) Jus publicum sumitur *finaliter*, quatenus pro fine primario & immediato habet utilitatem publicam; sic munus dicitur publicum, res quædam dicuntur publicæ, quæ communibus etiam opponuntur. Ita quidem Imperator videtur distinxisse jus publicum à privato §. *ult. Inst. de J. & J.* & cum eo communiter Dd. atque Auctor §. 2. Verum dantur etiam quædam leges privatæ, quæ immediate utilitatem publicam pro fine habent, ut lex Papia de maritandis ordinibus, decoris urbium cura, *l. 10. §. 10. de nov. op. nunt.* (3.) Dicitur jus publicum *objective* quà versatur circa res publicum statum concernentes, & ita potissimum hujus tractationis est. Sunt autem juris publici ea omnia, quæ, uti Cicero *de Orat.* loquitur, sunt civitatis & imperii, h. e. quæ Princeps in republ. à subdito, Magistratus à cive, qua talibus, desiderare, aut exigere possunt, *conf. Auct. JCti heri & person. p. m. 434.* Ex dictis jam facile juris privati definitio desumi potest.

II. Et privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat. *d. l. 1. §. 2.* atque collectum est ex præceptis naturalibus, aut gentium, aut civilibus. *Ex quibus vir studiosus colligit sibi habitum, jus fatbo convenienter applicandi, tam agendo, quam judicando, qui vocatur* Iurisprudentia, *quæ* est divinarum humanarumque rerum, *nam utræque sunt objectum Iurisprudentiæ materiale, quod modo considerandi restringitur, ut propriam formam nanciscatur,* notitia. *Debet enim qualibet ars & disciplina objectum suum præcognoscere, in quod formam introductum est, quæ est* justi atque injusti scientia, *l. 10. §. 2. h. t. formale, seu modus considerandi res divinas & humanas, nempe quatenus circa eas jus & justitia administrari potest.* Ius privatum. Iurisprudentia. Res divinæ humanæque, quo modo Iurisprudentiæ objectum.

III. Finis Iurisprudentiæ est justitia, *seu justitiæ exercitium.* Quæ est, constans & perpetua, *non secundum actum exercitum, qualis constantia & perpetuitas in hominem non cadit: sed ratione actus signati, & secundum naturam justitiæ, in idea considerate, & ratione intentionis atque propositi juste agendi.* Voluntas, *habitus voluntatis,* jus suum cuique tribuendi, *quod cuique debetur ex præcepto justitiæ non universalis, sed particularis. 5. Eth. 1. Quia Iurisprudentia nostra est mere judicaria. In judiciis autem non agitur, nisi de eo, quod alteri debet tribui, ex præscripto justitiæ commutativæ, quæ species utique justitiæ particularis, nec actiones aliud persequuntur.* Iurisprudentiæ finis Iustitia. Constantia & perpetuitas dupliciter in Iustitia considerari potest. Iurisprudentia nostra est mere judicaria. Diluuntur contraria.

pr. Inst. de act. Reliquarum autem virtutum finis est, ordinare hominem in se ipso. Non obstat, quod, hac explicatione proposita, is, qui libidinis causa adulterium committit, videatur absolvendus, quasi non peccet in justitiam particularem. Respondeo, pœnam adulterorum primo & principaliter non intendere temperantiam in voluntate, sed emendationem πλεονεξίας circa jus thalami alieni. Nec impedit, quod leges in Republ. debeant omne officium boni viri complecti. Hoc enim præsuppositum nondum de ulla Rep. probatum & aliter visum Philosopho, qui officium boni viri & boni civis invicem distinguit. Denique nihil aliud inde conficies, quam quod prudentia legislatoria justitiam universalem debeat respicere, nos verò tractamus judicariam.

IV. Causa efficiens Iuris, est summa potestas, *eaque vel divina, vel humana.* Hinc Ius est vel *divinum, vel humanum. Divinum est vel* Naturale, *vel positivum. Naturale vel commune omnium animalium,* quod natura omnia animalia docuit. *pr. Inst. de I. N. G. & C.* Non enim humani generis proprium, sed omnium animalium commune est. *l. 1. §. 3. ff. de I. & I. Et hoc est jus illud commune, quod omnium in genere animalium actus proprie regit, etiam brutorum, non tantum negative, quatenus in actibus eorum nihil turpe est: Sed etiam directive, ut principium directivum. Lex enim æterna in mente Legislatoris DEI est principium activum, dirigens brutorum æque atque Rationalium actus, non tamen eodem utrosque modo. Brutorum quidem, per modum inclinationis naturalis, imposita necessitate parendi, citra cognitionem & judicium ad conservationem specierum, tanquam societatis, & quasi in respectu ad alterum, præcipue autem ad finem ultimum, qui est Creatoris gloria. Rationalium vero, per modum obligationis, salva subjecti dirigendi libertate obsequendi. Unum igitur, idemque jus naturale & ratione carentes & rationis compotes regit: Sed modo regendi diverso. Vide egregie hac explicantem Aurelium Galvanum, ICtum nostri seculi excellentissimum de usufr. c. 5.*

Ius naturale omnium animalium actus regit.

Non tantum negative:

Sed etiam directive.

Aurel. Galvanus laudatur.

AD THES. IV.

CAUSA EFFICIENS JURIS) non systematice accepti, quod definiverat Auctor §. 1. sed pro lege, cujus definitionem nos tradidimus *ad d. §. 1.*

NATURALE) Juris naturalis homonymiam vid. *apud Magnif. Dn. Stend. ad B. Echolt. de J. & J. §. 10. p. 14.* Quomodo hic accipiatur, ex dicendis

dis patebit. Jus ergo naturale nobis est lex, qua Deus omnes homines obligat ad ea, quæ ipsius sanctitati divinæ ac socialitati hominum conveniunt, facienda: ea verò, quæ dd. fundamentis disconveniunt, omittenda. In omni autem legis specie considerari meretur (1.) causa efficiens, seu obligans, (2.) personæ obligatæ, (3.) fundamentum obligationis ac (4.) modus obligandi. *Causa efficiens* juris naturæ Deus est ejusque sanctissima ac liberrima voluntas. Inde concludo (1.) non dari actus sua natura, & ante voluntatem divinam honestos vel turpes; hoc enim idem esset, ac si dicerem, dari actus legi convenientes, aut disconvenientes, antequam lex esset, h. e. dari filiam ante matrem. (2.) falsum esse dictitantem Grot. *in proleg. de J. B. & P.* Jus naturæ obligaturum esse, etsi ponamus Deum non esse, aut non curari ab eo negotia humana. Nulla quippe obligatio est, si non adsit superior, qui contrafacientes puniat, aut punire possit. *Personæ obligatæ* sunt omnes homines, etiam qui majestate in rep. gaudent. *Fundamentum obligationis* est convenientia, aut disconvenientia actuum cum sanctitate divina & socialitate hominis, quæ duo fundamenta conjungo, ut ostendam posterius cum priore haud pugnare, sed ei subordinari; non tamen perinde omittendum esse, utpote cum sit evidentius priori, & magis in sensus incurrat, quam incomprehensibilis Dei sanctitas. *Modus obligandi est*, quod jus naturæ obliget perpetuo, sitque adeo immutabile, quia ejus fundamenta sunt immutabilia; nec dispensabile, quia socialitas hominis est universalis, nec salva natura hominis exceptionem patitur; Mutationes autem, quæ hic in contrarium afferuntur, omnes sunt apparentes.

COMMUNE OMNIUM ANIMALIUM) Minime. Bruta enim obligationis, quæ est forma omnis legis, sunt incapacia, quia ratione ac consequenter intellectu pariter ac voluntatis libertate destituuntur: Omnis autem obligatio præsupponit & intellectum legis, & libertatem agendi in subjecto obligando, cui lex fertur. Falsa igitur est hypothesis Aurelii Galvani apud Auctorem hic, quasi, præter obligationem, alia detur legis forma, aut effectus, respectu brutorum, directio nempe cum necessitate parendi, citra intellectum ac cognitionem, atque adeo in definitione legis & conceptu ejus, quem cum Galvano fovet Auctor, vitium latet. Aut, si concedamus istam legis acceptionem, erit tamen certe lex improprie dicta; quod autem improprie est, non est.

VIDE EGREGIE HÆC EXPLICANTEM) adde huic *Ungep. exerc. 2. qu. 1. Beier. in not. ad Schnob. diss. 1. p. m. 19. & seqq. Leder. in dissert. de jure bestiali*, quorum rationes ex parte recenset *Magnif. Dn. D. Strauch. ad B. Ech. d. l. §. 21. p. 25.* sed vide etiam egregie hæc refutantem *Joh. Frid. Horn. in tr. de subjecto jur. nat.* qui juri bestiali Lederi videtur esse oppositus.

V. Vel *proprium Rationalibus*, jus Gentium, quo gentes humanæ utuntur. *l. 1. §. 4. h. t.* *Idque a Dd. distinguitur* in primævum, & *est* dictamen rationis: Vel, *ut Imperator describit*: Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit. §. 1. *Inst. de I. N. G. & C.* Ius gentium. Primævum.

unde pietas in DEUM, in patriam, in parentes ortum ducit, l. 2. ff. h. t. Ejus præcepta, *principia practica*, sunt tria, §. 3. *Inst. h. t.* Honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere. Et secundarium, quod usu exigente, *quo dominia sunt distincta, quorum communio profutura non adeo videbatur, & certi modi adquirendi inventi, termini agris positi, ædificia juxta posita l. 5. ff. h. t. Ex distinctis dominiis, familiis & gentibus, cum alteri superesset, quod alterum deficeret, commercia & contractus nati. l. 1. ff. de contr. emt. d. l. 5.* & humanis necessitatibus, *qua necessitas efflagitavit adquisitorum adversus malitiam improborum defensionem. Inde orta defensio, non sui tantum, in privatis; l. 3. ff. de I. & I. sed etiam inter societates. Inde bella & servitutes & manumissiones l. 4. & 5. de I. & I.* Gentes humanæ sibi constituerunt, §. 4. *Inst. de I. N. G. & C. Jus divinum positivum sunt leges politicæ & forenses, Judæis latæ. De his vid. Alb. Gentil. de nup. lib. 1. c. 5.*

Secundarium.

Jus divinum positivum.

AD THES. V.

JUS GENTIUM) Sumitur vox *juris gentium* vel pro *attributo personæ*, seu facultate, quam gentes, natura permittente, exercent: Sic dominia, bella, servitutes, contractus &c. dicuntur esse juris gentium §. 2. *J. de J. N. G. & C.* vel pro *lege*: Prior significatus hic exulare debet ob dicta ad *Thes. 4.* Pro *lege* vero acceptum potissimum prædicatur tripliciter: (1.) *pro jure naturæ* omni, & tunc denominatur *objective*, quia scil. Jus N. omnes gentes obligat. Ita definitur §. 1. *Inst. eod.* (2.) pro *jure civili* multarum gentium; ita dicitur *efficienter*. Huc refero modos acquirendi dominium de Jure G. ex §. 11. & *seqq. Inst. de R. D.* In hoc significatu etiam jus civile Justinianeum dici posse Jus Gentium, quia gentes Europææ, si non omnes, certe pleræque id receperunt, docente Arthuro Duck *de auctorit. jur. civ. &c.* (3.) pro jure gentium *proprie* dicto, quatenus à jure civili, & etiam suo modo à jure naturæ differt. Atque hic significatus, Jus Gentium *fundamentaliter* considerati, hujus loci est, certe esse debet. Est igitur *Jus Gentium proprie dictum* illud, per quam Deus omnes gentes obligat ad ea, quæ ipsius sanctitati divinæ & socialitati gentium, qua sunt gentes, conveniunt, facienda; ea vero, quæ disconveniunt, omittenda. *Causa efficiens* juris Gentium Deus est, non voluntas gentium; Quamvis enim cum Grotio *d. J. B. & P. l. 1. c. 1. §. 14.* non pauci arbitrentur jus Gentium esse speciem juris voluntarii humani; id tamen falsum est, quia tum gentes id condidissent vel per modum legis, vel per modum pacti. Atque neque illo modo, quia gentes inter se sunt pares, neque hoc, per dicta *a Dn. Patre diss. de Legato inviolab. §. 76. seqq. adde omnino Dn. Pufend. de J. N. & G. l. 2. c. 3. §. 7. 8. 9. Fundamentum obligationis* est convenientia & disconvenientia cum socialitate gentium, qua sunt gentes. Ex quo patet jus gentium à jure Naturæ differre non ut speciem à conspecie sub eodem

eodem genere contenta, (quæ communis est opinio eorum, qui cum Imperatore jus in N. G. & C. dividunt) sed ut speciem à genere, jus quippe naturale genus est fundatum in convenientia cum socialitate hominis in genere; absque restrictione ad certam societatis speciem; jus autem Gentium nititur convenientia cum societate Gentium, quæ sunt gentes. Tot ergo possunt quasi species juris N. constitui, quot sunt societates humanæ, *vid. Dn. Pater tab. IV. ad Grot. lib. 1 c. 1. §. 14. adde iterum Dn. Pufend. d. l. §. 22.* frustra dissentiente *Dn. Rachel. peculiari dissert. de J. G. conf. Magnif. Dn. Stend. ad Eck. de J. J. §. 13.* *Modus obligandi* idem est, qui in jure N. nam & jus G. est immutabile, quod ex nostra hypothesi facile patet, cum attributa generis omnibus ejusdem speciebus communia esse debeant. Nec obstat: servitutes, manumissiones &c. quæ *§. 1. Inst. de J. N. G. & C.* ad jus G. referuntur, in orbe Christiano fere esse abrogatas; spectant siquidem hæ, ut ab initio dictum, ad jus G. improprie pro attributo personæ sumtum. Denique *persona obligata* iterum sunt omnes gentes, quæ moratiores, quæ barbaræ; nam & adversus has, si v. g. Legatos, aut aliud juris G. præceptum violent, justa belli causa oritur. *Summa capita* juris G. duo sunt: (1.) *Stude paci* (2.) *Consule paritati.* Ex quibus potissimum exemplum juris G. de Legatorum inviolabilitate deducit *Dn. Pater in dissert. de Legat. inviolab. §. 81. seqq.*

DISTINGUITUR) Distinctio juris G. in *primævum & secundarium* a variis varie exposita, omni caret fundamento. *Primævum*, prout id Auctor explicat, nihil aliud est, quam jus N. proprie dictum; *secundarii* exempla vel ad jus gentium pro facultate, aut jure civili multarum gentium acceptum, sunt referenda, vel ad jus gentium proprie tale. Nec magis se recte habet aliorum divisio in *jus G. universale*, quod omnes gentes respiciat; & *particulare*, quod a singulis gentibus intra suam remp. observetur; Particulare enim istud, jus civile est iterum, non G.

DIVINUM POSITIVUM) Hoc duplex est: vel *omnes homines obligans*, vel *certæ reip.* & nempe Judaicæ, latum. Utriusque *causa efficiens* Deus est, utriusque *fundamentum* est convenientia & disconvenientia cum beneplacito divino; item cum utilitate, vel totius humani generis, vel certi populi. *Modus* autem *obligandi* diversus est, Jus enim divinum positivum universale immutabile est respectu omnium hominum, ita ut Princeps peccet contra istud aliquid aut faciendo, aut permittendo, aut constituendo: respectu vero Dei est dispensabile, quia alterum fundamentum ejus non directo ad socialitatem hominis promovendam aliquid confert, sed per indirectum, aut bonam consequentiam, h. e. non facit ad esse socialitatis, sed ad bene esse. Jus vero positivum populo Judaico latum jam dudum exolevit, illudque Princeps in sancienda lege quidem honeste pro norma usurpare potest, ad id tamen haud quaquam est obstrictus, cum nec ex hac intentione a Deo latum fuerit. Ex quo patet, quod etiam respectu *personarum obligatarum* inter has duas species differentia sit; jure quippe universali obligantur omnes homines, jure particulari tantum populus Judaicus, & ad certum tempus saltem. Ad *jus universale* refero

pro-

praeceptum de interficiendo homicida, graduum collateralium in Levitico circa matrimonium, item *polygamiæ & divortii* prohibitiones. *Particulare* iterum duplex est: vel *forense*, vel *ceremoniale*. Ceremoniale usque ad Christum duravit, Forense una cum republica Judaica expiravit.

Ius Civile.

VI. *Ius humanum*, vel Civile *est*, quod quilibet populus, *vel quicunque in populo cum summo imperio est*, sibi constituit. §. 2. *Inst. de I. N. G. & C. oritur ex jure naturali, non tanquam conclusio ex præmissis: Sed pro arbitrio legislatoris, prout ex ratione status Reipubl. determinandum visum est, ut neque in totum a I. Gentium recedatur, neque in totum ei serviatur, sed nunc addendo nunc detrahendo, jus proprium civile efficiatur. l. 6. pr. de I. & I.* Hoc jus in *Repub. Romana* constat aut ex scripto, vel sine scripto. *l. 6. §. 1. h. t.* Scriptum, *quo non intelligitur id, quod in scripturam redactum; sed quod ab initio per scripturam est publicatum, ad cujus essentiam omnino scriptura pertinet. Ut enim lex sit norma actuum, necesse est, ut sit iisdem applicabilis. Quod fit per promulgationem, seu jussionem externam, quæ est jus, quod perceptibile est, perceptio, adeoque legis forma. Et quia juris scripti perceptio fit per scripturam, utique hic promulgandi modus est de forma juris promulgati. Id quod qui de lege ex scripto constante, seu scriptura promulgata, negant, illi negant similiter, albedinem de essentia esse parietis albi.* Subdividitur in civile *strictè dictum*, & honorarium. Illud ex legibus, plebiscitis, SCtis, constitutionibus Principum, auctoritate ICtorum venit. §. *constat. Inst. de I. N. G. & C. l. 7. pr. ff. de I. & I.* Honorarium, *sic dictum, quoniam ab iis, qui honores, id est, magistratus gerunt, est constitutum. l. 7. §. 1. de I. & I. l. 2. §. eodem temp. 10. ff. de Orig. Iur.* Quod ex Prætorum & Ædilium curulium edictis constat. §. *Prætorum. Inst. h. Proconsulum autem edicta a prætoriis non videntur fuisse diversa. Nam eadem exposuerunt Paulus & Ulpianus, scribentes ad edictum Prætoris, & Gajus scribens ad edictum Proconsulis.*

Oritur ex jure naturali, quo sensu?

Ius Civile scriptum. Cur sic dicitur?

Promulgatio quid?

De juris scripti forma est scriptura.

Ius Honorarium.

Pro Coss. Edicta an eadem cum Prætoriis?

AD THES. VI.

PRO ARBITRIO LEGISLATORIS) *Causa efficiens* juris C. est is, penes quem est τὸ κῦρος in Rep. §. 2. *Inst. de J. N. G. & C.* *Personæ obligatæ* sunt subditi in illa rep. *arg. l. ult. ff. de jurisd.* *Fundamentum obligandi* convenientia & disconvenientia cum utilitate reip. per Principis voluntatem declarata §. 1. & 2. *Inst. d. t. Modus obligandi* est, quod sæpe mutari soleat ob variantem reip. utilitatem §. 11. *d. t.*

DETRA-

DETRAHENDO) Non proprie & quasi contra jus N. & G. aliquid disponere possit, sed quod juri N. certis de causis non semper assistat, ut quando pactum nudum de jure Romano non producit actionem, aut quando David poenam Joabi, homicidæ, differt.

SCRIPTURA REQUIRITUR) Verior est communis dissentientium opinio, per ea, quæ habet *Dn. Strub. exerc. 2. th. 1. Hub. ad tit. Inst. de J. N. G. & C. n. 7.* Neque enim juris scripti præceptio fit per solam scripturam, sed & per præconis publici vocem; neque statim, qui scripturam ad essentiam juris scripti requiri negat, negat similiter albedinem esse de essentia parietis albi; sed id saltem negat, parietem album in omnibus partibus album esse debere; A potiori enim quoque denominatio fit. Sic tres illæ mulieres ab Ethnicis vitæ humanæ præpositæ, Parcarum nomine veniunt, quamvis Ἄτροπος nequaquam parcat. Essentialo itaque juris scripti potius consistit in expressa sanctione, uti juris non scripti, in tacita approbatione.

PROCONSULUM AUTEM EDICTA) Hinc Edictum aliud urbicum, aliud provinciale. Adde *Auctorem in disput. de statut. a summo Principe §. 8.*

VII. *In specie* constitutio Principis *in monarchica forma omnem facit paginam,* Ea est jus a Principe vi propria summi imperii statutum. *Quod enim Principi placet, legis habet vigorem. §. 6. Inst. de J. N. G. & C. l. 1. ff. de const. Princ. scilicet quod ita placuit, ut jus fieret & subditos obligaret.* est vel generalis, ut edictum, *quo Princeps aliquid proprio motu edicit,* decretum, *quando rem inter aliquos controversam dijudicat,* rescriptum, *quod est responsum Principis ad consultationem, vel relationem illorum, qui Principi supplicarunt, emissum, l. ult. C. de rescr. Si consultatio a privatis facta, dicitur subscriptio, vel annotatio. l. 7. h. t. l. 1. C. de precib. Imp. off. a Iudice vero, vel magistratu, si inserta preces, dicitur Epistola l. 1. §. 1. h. t. si de consilii sententia, de negotio publico, dicitur pragmatica sanctio, l. ult. C. de div. rescr. Cujac. ibi in parat.* — Constitutio Principis. Generalis. Edictum. Decretum. Rescriptum. Subscriptio vel Annotatio. Epistola. Pragmatica sanctio.

IIX. Vel personalis, *l. 1. §. 2. ff. de const. Pr. d. §. 6. Inst. de I. N. G.* quæ personam non egreditur, nec ad exemplum trahitur *d. l. 1. sed persona singulari ob meritum vel indulget, vel quam pœnã irrogat, vel sine exemplo subvenit. d. §. 6. d. l. 1. Non ergo idem est, atq; jus singulare, quo quid singulare præter rationem communem, alicui præstatur vel propter utilitatem. l. 16. de L L. vel necessitatẽ publicam l. 162. de R. I. Differunt enim, quod constitutio personalis ita dicitur intuitu personæ, cui fertur, quam non egreditur: Ius singulare non intuitu personæ, sed ratione juris, quam a Regulis Iuris exorbitantem habet. Privilegi-* — Personalis constitutio. Quo differt a jure singulari.

Privilegium quid?

um autem est jus certo personarum ordini vel causæ proprium, earundem qualitatibus & conditioni accommodatum, ut privilegia clericorum, absentium, studiosorum. Vide Disputationem nostram de constit. Princ. th. 28. 29. 30. Iacob Gothofred. ad l. 162. de R. I.

AD THES. IIX.

NON ERGO IDEM) Atqui videtur idem esse, quia definitio privilegii ab Auctore hic adhibita etiam juri singulari competit, & cum eo convertitur. Differentia autem, quam hic tradit Auctor, solum est conceptuum in mente, non rerum diversarum extra mentem.

Ius non scriptum.

IX. Ius non scriptum, consuetudo vocatur, quæ est jus tacito, *l. 35. pr. ff. de LL. per res & facta l. 32. eod.* consensu, *ergo non fortuito, sed in hunc finem, ut jus sit, id est, in similibus casibus itidem adhibeatur,* populi, *liberi. Quod si superiorem recognoscat, ejus accedere debet patientia. Quod enim Ioh. Fab. ad §. 9. Inst. h. t. n. 11. existimat, non requiri Principis consensum, ex quo hæc potestas semel à legibus l. 32. de LL. populo data sit; id nihil est, & d. l. 32. affatim refutat. Loquitur enim de eo populo, qui expresso quoque suffragio jus facere potest. Atqui talis est liber, penes quem est jus majestatis,* per diuturnos mores. * *frequentiam & continuationem actuum moralium: & diuturnam quidem, seu intervallum temporis spatiosum,* introductum. *Hinc Dio Chrysostomus Orat. περὶ ἔθους vocat consuetudinem δίκαιον ἐκούσιον, & definit: εὕρημα ἀνθρώπων οὐδενὸς, ἀλλὰ βίου καὶ χρόνου.*

L. 32. de LL. de populo libero loquitur contra Ioh. Fabr. Populus liber quis?

AD THES. IX.

FREQVENTIAM) Ergo non per unicum actum consuetudo introduci poterit; bene tamen, cæteris paribus, per actus duos; *Vid. Dn. Schilt. exerc. ad π. 1. th. 16. 17.* Dissentit *Ludov. exerc. 1. th. 14. Anton. Matthæi in not. ad Inst. p. m. 3. & in colleg. Inst. disp. 1. p. m. 11.*

Ad consuetudinem introducendam sufficiunt actus extrajudiciales.

X. Hos autem morum actus sufficit esse extrajudiciales, *etsi negari non potest per judiciales unos atque alteros magis argui populi consensum, quia melius rebus judicatis, quam aliis testimoniis probatur. l. 34. de LL.* Tempus vero, * *quod alii decem, alii plurium annorum esse volunt,* judici arbitrandum rectius relinquitur. *Menoch. 2. arb. 1. cas. 83. quia in facto potius, quam in jure consistit, an populus tacite consensisse videatur, & quandoque etiam breviore tempore plures actus fieri possint.* Neque opus est præscriptione, * *ut jus sit. Præscriptio enim nullum jus acquirit, nisi præscribenti, &*

in

in eos duntaxat, contra quos præscriptum, & in tantum, in quantum possedit præscribens: Consuetudo vero adquirit jus in universum omnibus & contra omnes in suo casu. Vide A. F. Fab. I. P. Pap. tit. 3. p. 11. quamvis hæc Iure Can. requiratur. c. fin. X. de consuet. quod sequitur praxis. Dn. Carpz. Def. for. 2. 3. 21. Consuetudo alia est a præscriptione.

AD. THES. X.

HÆC JURE CANONICO REQUIRATUR) Jure Canonico, [illegible] introducendam consuetudinem, quæ est præter jus, requiritur decennium, quæ contra jus, 40. annorum cursus necessarius est. Jure Saxon. vero, sive præter sive contra jus sit consvetudo, opus est 31. annis, 6. hebdomadibus & 3. diebus. Ad præscriptionem vero eorum, quæ in signum singularis prærogativæ reservata sunt, requiritur utroque jure tempus, cujus memoria non extat, *vid. Schulz. in Synops. inst. lib. 1. tit. 2. lit. d. ibique Brisvum in not. p. 28. 29.*

XI. Vis & autoritas obligatoria hujus consuetudinis est eadem, atque legis seu juris scripti. *l. 35. ///. h. t. quam propterea imitari dicitur in l. ult. C. quæ sit long. consv.* Hinc nec legem vincit. *l. 2. C. d. t. * ratione auctoritatis & obligationis: sed ratione usus posterioris. Quemadmodum nec lex posterior vincit, id est, validior est lege priori, quoad vim obligandi: Vincit tamen, quatenus est posterior, quia lex posterior derogat priori.* Consuetudo legem non vincit, quo sensu?

AD THES. XI.

RATIONE AUCTORITATIS ET OBLIGATIONIS) Hæc explicatio *L. 2. quæ sit long. consv.* magis subtilis & obscura, quam vera videtur. Si enim lex posterior derogat priori, utique etiam lex posterior priorem vincet quoad vim obligandi, quia posterior ista obligat; prior autem per posteriorem abrogata obligare desinit. Dic ergo potius, quod *in d. l. 2.* consvetudo non vincere possit legem, sive posteriorem, utpote a qua & ipsa abrogatur, sive priorem, quæ scil. expresse contrariam consvetudinem prohibet. In hoc enim consvetudo differt à jure scripto. Quamvis enim per legem quandam constituatur, ut lex subsequens priori contraria nullam vim habere debeat; tamen, quia leges omnes ex voluntate Principis efficaciam suam habent, & vero ipse Princeps sibi legem ponere nequit, non obstante ista clausula, lex posterior (modo de posteriori voluntate Principis apertè constet) priori derogabit, etiamsi derogationis in ea expressa mentio non fiat. Quod in consuetudine aliter se habet. Quia enim in priori lege contrariam consuetudinem prohibente Princeps perspicue voluntatem suam declaravit, ideo de ipsius voluntate præsumta postea non ulterius erit disquirendum.

XII. Cum ergo jus non scriptum hic intelligatur, quod ab initio sui non est habile per scripturam publicari, constat ejus speci-

Juris non scripti species non est, æquitas.
Æquitas quid?

tem neque esse 1. æquitatem, * *quæ æquivoce jus non scriptum dicitur, neque eodem respectu, quo consuetudo. Quia hæc est jus quoddam civile, ex placito hominum valens: Æquitas vero est pars juris naturalis. Tum quia æquitas in actu signato omnino scribi nescit. Est enim ἐπανόρθωμα τοῦ νομίμου δικαίου, seu temperatio & mitigatio juris positivi, seu legitimi. Vide Dn. Ungepauer. Exerc. 1. q. 9. in Nego. Non quod jus strictum, seu summum in se sit summa injuria. Nam justum dupliciter dicitur. Primo de naturali, quod rectum secundum naturalem rationem, inque se stabile est, & nunquam deficit. Deinde de legali justo, quod lege humana constituitur, & licet in universali justum sit, in particulari tamen sæpe deficit. Prius justum est æquitas ipsa, adeoque & posterioris correctio.*

Jus strictum s. summum.
Justum dupliciter dicitur.

AD THES. XII.

PRIUS JUSTUM EST ÆQUITAS IPSA) Dissentit Feldenus *element. jur. univ. P. 1. cap. 9.* æquitatem utrique juri, & naturali, & legitimo opponens, cui sufficienter respondet *Huber. digress. Justin. lib. 1. cap. 6.*

Non 2. jus naturæ & gentium.

XIII. Neque 2. jus naturæ & gentium, * *quia nec hæc juris civilis species sunt, adeoque nec juris civilis non scripti.* Commode autem huc referri potest jus ex disputatione fori veterum prudentum ortum, *quod media Jurisprudentia nomine venit apud Justinianum, §. cæterum. Inst. de legit. agnat. success. ut erudite observavit Alexand. Galvanus ad L. Gallus. 29. de lib. & post.* Et est illud jus, quod sine scripto traditionibus introductum est veterum ICtorum, qui apud Romanos post LL. XII. floruerunt. *Idque est, de quo loquitur Pomponius ICtus in L. 2. §. 5. ff. de O. I. Errant igitur Interpretes, ad unum, omnes, qui jus istud, quo de Pomponius d. l. confundunt cum responsis Prudentum. Hæc enim pars sunt juris civilis scripti. §. responsa. Inst. de I. N. G. & C. Sed media Jurisprudentia jus non scriptum: Responsa ad definiendas controversias in judicio dabantur: Media Jurisprudentia autem versabatur in interpretandis legibus.*

Media jurisprudentia.

AD THES. XIII.

ERRANT IGITUR) Imo non errant, sed errat Galvanus, ex quo hæc hausit Dn. Auctor, quem solide refutat Dn. Schilt. *ad ff. exerc. 2. th. 1.*

XIV. Cæterum, cum partes juris duæ sint, verba & sententia, *l. 29. & seq. de LL. l. 5. C. eod.* sententia potius & mens, quam verba sunt spectanda *l. Labeo. 7. §. ult. π. de suppell. leg. siquidem si li-*

qui-

quida & aperia. l. 17. h. t. l. 7. §. ult. de suppell. leg. l. 13. §. 2. de Excus. tut. l. 3. §. conditio 9. in fin. ff. de adim. leg. l. 77. §. 10. de leg. 2.

XV. Quo casu vel verba sunt latiora, quam pro mente, vel angustiora. Illic restringenda ad mentem, * *interpretatione restrictiva. Cujus usus sane frequens est. Cum enim leges ferantur de actionibus humanis, quæ facilime pro circumstantiis, vel levi etiam mutantur, confieri nequit, ut lex ita scribatur, quia in particulari sæpe deficiat. Hinc nata Regula: Cessante ratione, cessat dispositio. Intellige, si cesset universaliter, non si in particulari. Deinde, si cesset causa princeps & finalis, non si occasio & causa impulsiva. Unde vero constet minus sensisse legislatorem, quam dixisse, vide Don. 1. comm. 13.* Hic vero sunt extendenda. *Don. c. 14. Dn. Frantzk. ad ff. Tit. de LL. Suibolt. disc. 1. aph. 8. & seqq. & habet locum in jure communi. Non in singulari, quod ne quidem ex identitate rationis producendum ad consequentias. l. 14. & seqq. de LL.*

Interpretatio restrictiva.

Cessante ratione, cessat dispositio:

Qui hoc intelligendum?

Interpretatio extensiva.

AD THES. XV.

NON IN SINGULARI) Communis opinio Dd. est: in statutis, tanquam juribus singularibus, præprimis illis, quæ juri communi derogant, non obtinere interpretationem extensivam, ne quidem, si adsit rationis identitas, cum qua sententia videtur facere Auct. h. l. Sed contrarium jam alibi ostensum adducto exemplo de statuto frumenti exportationem prohibente, quod ad farinæ exportationem recte extenditur. *Vid. dissert. nostr. inaug. de jure circa frumentum cap. 2. n. 71. 72. add. omnino Dn. Schilt. exerc. 2. th. 11.* In exemplis autem, quæ de jure singulari in contrarium adducit Felcmann, *ad l. 14. ff. de LL.* non eadem utrobique est ratio, quod cuivis eadem accuratius perlustranti ad oculos patet. Nec obstat *d. l. 14.* quæ istum sensum habere videtur, quod id, quod contra juris rationem receptum est, non *facile, & ubi aliqualis saltem convenientia est*, ad consequentias sit producendum. Cæterum doctrinam de interpretatione omnium optime exposuit *Grot. de J. B. & P. lib. 2. cap. 17. ibique Magnif. Dn. Ziegl. add. Franck. ad tit. ff. de LL.* In specie de interpretatione declarativa, extensiva & restrictiva, a nonnullis opposita *vid. Rebhahn. dissert. pecul. de Interpretatione juris obscuri Argent. 1671. habita.*

XVI. Objectum Iurisprudentiæ sunt actiones civiles, *in quantum ad justitiæ normam exigendæ.* Eæque duplices, vel adquisitiones *alicujus* juris, vel *juris adquisiti* persecutiones. Adquirimus jus vel circa personas, vel circa res. Personarum, *quæ vox proprie id significat, quod ad fabulas agendas assumitur, Græcis πρόσωπον. Sed cæpit à scena & theatro transferri ad omnia vitæ civilis munia,*

Objectum Iurisprudentiæ sunt actiones civiles.

Personæ vox proprie quid denotet?

qua ceu vultum quendam civilem civis extrinsecus assumit, ut persona magistratus, Philosophi, actoris, quae alias sua cujusque partes appellantur. *Non igitur recte obligatio dicitur esse persona, tum quod persona nequaquam hominis qualitatem, sed munia, seu partes civis significet, tum quod sit attributum, quod de subjecto in casu recto non potest praedicari. Ut enim recte dico; hae sunt partes Oratoris, hic est vultus Thersitae, non vero hic vultus est Thersites, hic gladius est Paulus; Ita possum dicere, haec est obligationis, vel rectius obligati persona, facies, vultus, species; Obligatio est persona, non possum, quidquid disputarit Dn. Ungepaur Exercit. 10. q. 1.* *Porro persona vox in jure significat hominem, ut apparet conferenti titulum Institutionum, de Iure personarum, cum titulo ff. de statu hominum.* Summa divisio, *absoluta & juris gentium,* est haec, quod omnes homines liberi sunt, aut servi, *pr. Inst. h. t. l. 3. π. de St. hom.* a quibus statu liberi, *sunt enim hi, qui statutam & destinatam in tempus, vel conditionem libertatem habent. l. 1. pr. π. de St. lib. interim vero dum dies, vel conditio expectatur, revera servi sunt,* & adscriptitii, *qui mercede, cum lege perpetuo colendi certos agros cum posteritate operam addicebant, propterea glebae adscripti dicti. l. 4. l. 41. l. ult. C. de agric. l. 2. C. in quib. caus. col.* speciem haut constituunt diversam, *d. l. 21. l. ult. C. de agric. & cens.*

Obligatio non recte dicitur persona.

Personae vox in jure quid significet? Statu liberi.

Adscriptitii.

AD THES. XVI.

NON IGITUR RECTE OBLIGATIO) Quae hic Auctor contra Ungep. disputat, paululum obscura sunt; Quod vero persona ab obligatione differat, ex eo patet, quia persona denotat substantiam aliquam humanam consideratam cum statu, aut munere, in quo in vita communi versatur. Obligatio autem est qualitas moralis passiva, quae quasi modus, aut accidens in persona, tanquam in subjecto, haeret. *Vid. Pufend. de J. N. G. & G. lib. 1. cap. 1. §. 12. & 21.*

IN JURE SIGNIFICAT HOMINEM) Verum, uti dictum, non absolute consideratum, sed cum certo quodam statu. Inde *tit. inst. de jure person.* cum *tit. ff. de stat. hom.* non coincidit; sed hic causam, ille magis effectum respicit. Status enim hominum causa est, quae producit jus personarum, seu hominum, in certo statu consideratorum.

AUT SERVI) Servi ergo ad personas referuntur, quatenus scil. sunt membra societatis domesticae. Prout autem sunt instrumenta Domini, magis ad res referri debent. *Vid. Huber. digress. Justin. lib. 4. cap. 2.* ubi recte Feltmannum refutat, qui *de jure in re & ad rem cap. 1. §. 12. 13.* res in jure non recte personis opponi dicit, quod servus, qui persona est, sub rei vocabulo quandoque veniat; Nec liberavit se Feltmannus *in Besed. cap. 4.*

p. m.

p. m. 33. quin potius statum controversiæ ibidem mutando cum Hubero condescendit, jus personarum atque rerum diversum esse, diversamque servi esse considerationem, & ita simul errorem suum tacite agnoscere.

REVERA SERVI SUNT) *l. 9. pr. de statu lib.* Nec obstat *l. 14. ff. de quæst.* *aliud quippe est esse liberum, aliud puniri ut liberum.*

ADSCRIPTITII) Magnam quidem similitudinem cum servis habent adscriptitii, quibus hodie correspondeant homines proprii & huc spectant textus ab auctore allegati; sed tamen revera servos non esse, verum omnino liberos homines, ostensum *in disput. nost. de Jure circa hom. cap. 5. n. 21. seqq. add. Dn. Rebhit. exerc. 3. §. 5. p. m. 62.*

XVII. Servi fiunt non natura: *Est enim servitus jure Gentium constituta, qua quis contra naturam dominio alieno subjicitur. §. 2. Inst. de Iure pers.* *Et jure naturali omnes liberi nascuntur. pr. Inst. de libert. Intentione naturæ prima.* *At illa deficiente, intendit servitutem, quo pacto corruptionem intendit, ut generet. Dom. de Soto, lib. 4. p. 2. art. 2.* *Quod autem idem Soto dicit, se non intelligere, quare Ambrosius in can. 6. dist. 35. dicat, per ebrietatem obrepsisse servitutem in orbem, valde miror: Magis miror, quod ex Soto id repetat Wissenbach. disp. ad Inst. 3. th. 10.* *Non recordantes historia Geneseos, c. 9. v. 24.* jure Gentium, nativitate, *in bello justo.* *Hinc servus non est, a latronibus captus. l. 24. π. de capt. & postl. nec, qui bello civili. l. 21. §. 1. π. eod. male tamen inde infertur, propterea jus servitutis inter Christianos exolevisse, quia omnes cives Rom.* *Quod nonnisi de subjectis Rom. Imperii verum esse videtur.* *Ergo etiamnum hodie, quia bellum inter Christianos & infideles populos justum intercedit, ideo jura quoque bellorum & captivitatum durare adhuc verum est, & proinde ita captos servos effici, testamentique factionem & alia jura amittere, recte statuit præcellens ICtus Wilh. Ludwel. de ult. vol. c. 2. p. 54.* Et jure civili, venditione sui, *majoris 20. annis, §. 4. Inst. de I. P. non vi venditionis, quæ nulla foret, sed in pœnam vendentis,* & atrocitate sententiæ, *§. 3. Instit. quibus mod. I. pat. pot. a. l. 8. §. 4. l. 29. de pœn. Vide tamen Nov. 22. c. 8. & 9.* & revocando denique in servitutem ingratum libertum *l. 1. 2. 3. fin. C. de lib. & eor. lib. Revocandi formula est apud Val. Maximum lib. 2. c. 1. Vide Nov. 78. c. 2.*

Servitus Iure Gentium est constituta.

Ius servitutis an inter Christianos exolevit?

AD THES. XVII.

JURE NATURALI) Non pro lege accepto, alias nec gentes, aut jus civile aliud in contrarium statuere potuissent, sed improprie pro primæva naturæ humanæ conditione, facto civis humano opposita.

MALE INDE INFERTUR) Concedo Auctori, si ita inferatur: *Quia omnes homines sunt cives Romani*. Non male autem ita infert Brunnem. *exerc. 1. ad Inst. lib. 1. tit. 3. §. 2. Quia bellum inter eos est plus quam civile* (scilicet propter unionem ecclesiasticam & spiritualem.)

HODIE) Inter ipsos tamen Christianos servitutes exoleverunt, *Ludw. exerc. 1. th. 15. lit. a.* locoque earum inventum lytrum a captivis solvendum. *Brunnem. exerc. 1. ad Inst. 1 tit. 3. §. 3.*

VENDITIONE SUI) Itaque & hæc hodie una cum reliquis modis inter Christianos exulat.

In servorum conditione differentia nulla. Manumissio quid?

XIIX. In servorum conditione nulla est differentia §. 5. *Inst. de I. P.* Liberi vero vel ingenui sunt, vel libertini. *l. 5. pr. π. de St. hom.* Hi justa manumissione demum ita effecti sunt, *l. 6. π. d. t.* quæ est libertatis datio *l. 1. de Just. & Jure.*

Manumissio fit domino aut invito,

XIX. Fit manumissio aut invito domino, legis beneficio, *exempla in l. 5. ff. qui sine manum. l. 4. π. de B. libert. l. 1. C. pro quib. caus. serv. pro pram. Item si prior dominus ea lege alienavit, ut intra certum tempus manumitteretur, quo tempore elapso servus fit ipso jure liber, l. 1. C. si manc. ita fuer. alien. l. 1. 2. 3. π. Qui sine manum. Vid. Don. 2. 12.* aut volente, facto manumittentis Domini, * *alienum enim servum manumitti nequit, l. 1. C. de his, qui a non dom. Ut nec pignori obligatum, l. 26. & 27. §. fin. π. Qui & a quib. manum.* * *An servum proprium legatum recte heres manumittat, pugnat. l. 112. §. 1. de leg. 1. cum l. 28. π. Qui & a quib. manum.* nisi lex Ælia Sentia impediat. *pr. Inst. quibus ex causis manum. non lic.*

aut volente.

AD THES. XIX.

PUGNAT L. 112. §. 1. DE LEG. 1. CUM L. 28. ff. QUI ET A QUIB. MANUM. LIB. NON FIUNT) Ad quam cum glossa communiter respondere solent: Nihil agere heredem manumittendo servum proprium legatum alteri, non ratione manumissionis, quæ omnino subsistat; sed ratione æstimationis, a cujus præstatione heres se per manumissionem, sive legatum sciverit, sive ignoraverit, liberare nequeat, *per d. l. 112.* In qua responsione & ego subsisterem, nisi phrasis: *nihil agere*, in materia substrata, & quando de manumissione servi sermo est, idem significet, ac: *etiam manumissionem ipsam nullius effectus esse, prin. J. qui & ex quib. c. manum. non poss.* Accedit, quod rubrica tituli, sub quo *d. l. 28.* invenitur, concepta sit: *de iis, qui manumissi liberi non fiunt.* Forte itaque sic dicendum erit: Si ante mortem testatoris heres servum proprium alii legatum manumittat, subsistere manumissionem, heredemque legatario ad æstimationem teneri *d. l. 112.* Si autem post mortem testatoris manumittat, sive sciat servum legatum esse, sive nesciat, nec manumissionem valere, quia nimirum rerum legatarum, dominium absque traditione statim

tim ad legatarios post mortem domini, *arg. l. 5. §. 1. quando dies legat. cedat*, transit, atque adeo servus iste non heredis, sed, sive revera, sive per jurisfictionem, alienus est. *Alienus* autem servus nequit manumitti *l. 1. C. de his, qui a non-domin.*

XX. Manumissio fit quandoque verbis, quandoque factis. Verbis, vel in testamento, *l. 120. de V. S. aut codicillis. §. 1. Instit. de libert. Hi dicebantur liberti orcini, χαρωνιανοὶ Theophilo.* vel inter vivos vindicta. *l. 1. π. & C. de manum. vind.* vel in cœtu Ecclesiæ. *l. 1. C. de his, qui in Eccles. manum. Can. 82. Cod. Afric. Ut olim in templo Feroniæ Deæ servi manumittebantur, ita postea ex Constantini Imp. constitutione in Ecclesia cum libertate civitatem Romanam consecuti sunt. Sozom. 1. hist. Eccl. c 9. Epiphanius Scholasticus apud Cassiodor. lib. 1. hist. tripar. c. 9. Niceph. lib. 7. hist. Eccl. c. 16. Exstat illustre exemplum apud Ennodium Ticinensem Episcopum, de Gerontio servo. Exstant etiam acta manumissionis in Ecclesia, inter veteres formulas a Bignonio editas. Confer. Justell. ad Cod. Can. Afric. Fabrot. ad tit. Cod. de his, qui in Eccles. manum.* vel inter amicos, seu per epistolam. *§. 1. Inst. de libert.* Factis vero, si dominus servam libero in matrimonium collocat, servum adoptat, aut apud acta filium nominet. *§. ult. de adopt. instrumenta, quibus servus declarabatur, det, vel corrumpat coram quinque testibus l. 1. §. 9. & duabus seqq. Cod. de lat. lib. toll.* si voluntate dominorum pileati funus antecedant. d. L. 1. §. 5. Dan. 2. 15.* Liberti orcini.

AD THES. XX.

LIBERTI ORCINI] Scil. si directam in testamento acciperent libertatem; aliud, si fideicommissariam. *Vid. §. 2. Inst. de sing. reb. per fideic. rel.*

SI DOMINUS SERVAM] *Vid. Nov. 22. cap. 10. & 11. Auth. ad hoc C. de Lat. libert. toll. add. Brunnem. exerc. 1. ad Inst. lib. 1. tit. 4. p. m. 6.*

XXI. Libertinorum olim status triplex. *§. 3. Inst. de libert.* Sed Justinianus omnes libertinos ingenuos fecit. *Novell. 78. c. fin. & ibi Cujac.* quemadmodum Antonius omnes ingenuos fecit, cives. l. 17. π. de Stat. hom.* Jure tamen patronatus salvo. *Nov. 78. c. 2. & fin.* quod consistit in operis & obsequiis, patrono præstandis. *d. Novell. 78. juncta auth. & hodie C. de I. A. A.* Ius patronatus, in quo consistat?

AD THES. XXI.

CONSISTIT IN OPERIS] Jus patronatus non solum personam liberti respicit, sed & bona ejus. *Strub. exerc 37. th. 38.* Ratione personæ consistit in operis & obsequiis, de quibus Auctor hic. Ratione bonorum debentur patronis successio, & aliæ quædam, quæ tractare omisit Auctor. *Vid. autem de iis lib. 38. ff. tit. 2. 3. 4. 5. ibique Commentatores.*

Obsequium. XXII. Obsequium dicitur honos patrono debitus. *l. 2. l. 7. §. ult. de obseq. par. aut patr. præst.* * *cujus persona ei esse debet sacrosancta. l. 9. π. eod. & non solum in reverentia patrono præstanda: sed & in officiis consistit, qualia sunt, ut tutelam liberorum patroni in se suscipiat. l. 19 de Jure patr. Egenum alat. l. 5. §. 18. π. de agnosc. & al. lib.* * *sine permissu Prætoris in jus ne vocet. l. 4. π. de in jus voc. & si qua similia, de quibus Don. 2. 17.* Officia libertorum. *Hoc obsequium nisi præstaret libertus, ex edicto Rutilii Prætoris dabatur actio operarum & societatis, qua in societatem patronus admitteretur. l. 1. ff. de bon. libert. nempe bonorum liberti, eo adhuc vivo. Connan. lib. 2. c. 9. n. 1. A. Fab. 74. Err. 6. postea hæc societas vetita est. l. Labeo. 36. ff. de oper. libert.*

Operæ. XXIII. Operæ sunt diurnum officium. *l. 1. π. h. t. id est, quantum quisque interdiu operando efficere potest.* Quæ sunt vel Artificiales. artificiales,* *quas libertus præstat ex artificio, quod callet, ut fabriles, pictorias, & non præstantur toties, quoties Patronus indiget: sed determinate, non secus atque si de certa pecunia præstanda convenisset. l. 6. π. de O. L.* vel officiales, *quæ promittuntur ad certum* Officiales. *tempus, nullo artificii genere expresso l. 9. h. t.*

XXIV. Hæ proprie patrono debentur, ut Patrono, nec prius cedunt, quam poposcerit. *l. 13. §. 2. l. 22. in pr. l. 24. in fin. h. t.* * *nec alii solvi possunt. l. 9 & 10. nisi liberis, sub ratione patronorum, seu, si patroni fiunt. l. 29. h. t. non obstante l. 22. §. 1. h. t. quippe quæ loquitur de eo, qui heres esse per patrem poterat, non de exheredato. Nec debentur ab eo liberto, qui duos, vel plures liberos in potestate habet, vel unum quinquennem. l. 37. h. t. nec a quinquagenario. l. 35. eod. His operis non sunt absimiles operæ rusticorum; Hers* Operis libertorum similes operæ rusticorum. ven: Frohndienste / *quæ si indeterminatæ,* ungemessene Frohnen / *secundum formam & modum antiquum præstandæ. Dn. Carpzov.*

zov. 1. Respons. 54. nec a domino aliis elocari pro mercede possunt. Berlich. decis. 67. Multo minus vendi, subditis nolentibus licet dominus aere alieno obrutus sit. Quin potius pati debet, ut libertatem ab operis subditi a domino redimant, ut in causa Stepelandorum contra Quaestorem Eulenbergensem quendam in Aula Electorali Saxonica decisum anno 1629.

AD THES. XXIV.

NON OBSTANTE] Scil. filius patri *heres non existere* dicitur dupliciter, vel quod non existat ex voluntate propria, si *nolit* heres esse, vel quod non existat ex voluntate aliena, *v. g.* Patris exheredantis, si *non possit* heres esse. Secundum priorem significatum intelligenda *l. 19.* secundum posteriorem. *L. 22. §. 1.*

OPERÆ RUSTICORUM] De quarum divisione dixi *in disput. de jure circa frumentum c. 5. n. 34. seqq. Adde P. II. Const. Sax. 51. & 52. ibique Carpzov. quem etiam vide in Resp. lib. 1. Resp. 51 - 60. & elegantem tract. Joh. Franc. Balthasaris de operis subditorum.*

DISSERTATIO II.

De

Patria Potestate, & ejus prima causa.

RESPONDENTE

IOHANNE VOGELIO, ISLEBIA SAXON.

APHORISMUS I.

Fuit prima personarum divisio ex Iure Gentium *petita, absoluta: succedit altera* ex Iure Civili, *quo persona consideratur, in statu Civitatis, vel familiae. Prior respectus pertinet ad Ius publicum, quo liberi homines dividuntur in Cives & peregrinos. Respectu familiae* dividuntur homines in sui & alieni Iuris.

Iure civili persona consideratur in statu civitatis vel familiae. Respectu familiae homines sunt sui vel alieni juris.

AD DISSERTAT. II.

AD THES. I.

In *CIVES ET PEREGRINOS*] Quorum tamen inter se differentiam juris studioso scire omnino expedit, cum privilegia antiqua civium prae peregri-

grinis mirum quantum hodie immutata sint. Legi interim de jure peregrinorum merentur duæ duorum ICtorum consummatissimorum eruditæ dissertationes, una *B. Brunnemanni* Francofurti ad Viadrum; altera *Dn. Schilteri* Jenæ habita.

Personæ alieni juris.

II. Personæ alieni Iuris vel sunt in potestate parentum, *ut liberi*, vel dominorum, *ut servi*, *pr. I. de his, qui sui vel al. jur. nec est divisio hæc eadem cum priori, ut quidam putant; supra enim considerabantur personæ absolute secundum differentias oppositas, citra omnem respectum ad effectus. Hic vero quatenus se habent in domo, & vel libertate sua fruuntur, cum potestate regendi familiam, vel potestati alterius actu ipso subsunt. Sunt igitur in potestate dominorum servi, jure Gentium, quo in servos vitæ necisque potestas fuit, & quidquid per servum adquiritur, id domino adquiritur. l. 1. §. 1. sed hodie non licet super modum & sine causa legibus cognita in servos sævire. d. l. 1. §. 2. ff. de his qui sunt sui. In potestate autem patria sunt liberi ex justis nuptiis procreati. l. 3. ff. de his, qui sunt sui. Etiam septimo mense a contractis nuptiis, dummodo eæ nuptiæ sint justæ. l. 12. ibi: ex justis ff. de Stat. hom. quocunque die septimi mensis nati fuerint. Dn. Carpz. def. for. 4. 27. 13. Quod idem & de octomestri, & qui sub initium undecimi mensis nascitur, affirmatur. arg. l. 3. §. pen. ff. de suis & leg. Nov. 39. c. 2. Vide Arum 1. Exerc. Inst. 29. Fabrot. Exerc. I. Zaesb. I. 31. Arnis. de part. hom. leg. term. Initium autem mensis undecimi duos primos dies complecti, communiter Dd. volunt. Mynf. cent. 6. obs. 40. n. 13. 14. Rauchb. p. 2. q. 24. a num. 48.*

In patria potestate sunt liberi ex justis nuptiis procreati.

AD THES. II.

VEL PARENTUM, VEL DOMINORUM] An non etiam in potestate maritorum, ita ut matresfamilias ad personas alieni juris referri debeant? Hoc videtur quidem Dn. Struvio *exerc. 3. th. 7.* Sed contrarium a me, ut puto, ostensum *disput. de jure circa frumentum c. 5. n. 11. & 12.* per distinctionem inter potestatem politicam & juridicam, qua adhibita, omnibus juris textibus, quos pro se adducit Dn. Struv. facile responderi poterit. Conf. pro sententia nostra *Huber. digress. Justin. lib. 2. c. 2. & in comment. ad Inst. tit. de his, qui sui vel al. jur. sunt. n. 1.*

IURE GENTIUM] Non pro lege, sed pro attributo personæ accepto.

ETIAM SEPTIMO] De partu legitimo a trimestri usque ad quatuordecimestrem vide, quæ erudite collegit *Finckelth. in observ. pract. append. observ. 2. per integr.*

III. Pa-

III. Patria potestas est Ius Civium Romanorum proprium, §. 2. I. de P. P. *Quamvis enim origine & forma generica sit Iuris Gentium, (Cui enim juri origo tribuitur, eidem & forma accepta ferenda;) res enim statim atque est, per suam formam est, tamen non impedit, quo minus essentiam hujus potestatis Iuri Civili, quatenus per illud multa peculiaria ei ultra Ius naturæ adjecta, vel etiam detracta sunt, adscribamus, quoniam in adjiciendo & detrahendo essentia Iuris Civilis consistit. l. 6. de I. & I.* quod Pater, & *avus paternus, non mater, cæterive per matrem adscendentes, §. fin. I. h. t. §. 10. infr. de adopt. l. 13. ff. de suis & leg. Et hoc non tantum jure Civili esse sancitum, sed naturali etiam consentaneum puto, quamvis reverentia & matri debeatur. Patris autem vox naturam arguit: Paterfamilias ex jure fit. Et ideo qui filium non habet: Imo ne habere per ætatem quidem potest, paterfamilias tamen dici potest, si sui juris est. l. 195. §. 2. de V. S.* in liberos suos habet, *d. l. 3. de his qui sui. sive illi liberi sint primi gradus, ut filius, filia; sive ulterioris, ut nepos, pronepos &c. d. §. 3. I. h. t. nempe ex filio, non ex filia; quia illi patris, non matris familiam sequuntur, §. ult. I. h. t. Non sunt autem liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur, l. 14. ff. de Stat. hom. l. 3. in fin. C. de post. her. inst. Quamvis proficiant matri ad jus trium liberorum, l. 135. de V. S. Quum non inspiciatur quales peperit, sed quoties. Vid. Mich. de Luna lib. sing. lect. p. m. 436. & seqq.*

Patriæ potestatis descriptio.

P. P. est Iuris gentium & civiis, diverso respectu.

Aliud pater, aliud paterfamilias.

AD THES. III.

ORIGINE ET FORMA GENERICA] Originem potestatis, quam Parentes in liberos habent, optime exponunt Eichelius *tract. de jure Parentum & liber. P. 1. Dn Pufend. de J. N & G. lib. 6. c. 2. Dn. Pater dissert. de potest. Patr.* Breviter videtur res in eo consistere. Liberi a Parentibus, utpote propter generationem omnium proximis, alendi sunt & educandi, educatio autem sine Imperio esse neqvit. Inde natura cum jus det Parentibus ad finem, dare qvoqve censetur ad media, sine qvibus finis iste obtineri neqvit. Ex qvo simul patet, cum alimenta & educatio liberorum utriqve Parentum, vi generationis incumbant, utriqve abstrahendo a legibus civilibus, competere potestatem in liberos, non soli patri, ut vult Hornius, nec matri soli, qvod Hobbesii delirium est.

ADIECTA, VEL ETIAM DETRACTA] Detractum est, qvod matri & peregrino non competat patria potestas, qvod in liberos illegitimos & emanci-

cipatos eadem non exerceatur. Adjectum fuit, qvod pater acqvirat per filium, qvod antiqvo jure jus vitæ & necis in filium habuerit.

SED NATURALI ETIAM CONSENTANEUM] Patris potestatem & imperium, si cum matris concurrat, prævalere in rebus indifferentibus, juri naturæ consentaneum est per elegantem discursum Gellii: At vero matrem a potestate patria plane arceri juri N. consentaneum non est, h. e. in jure N. fundamentum non habet, qvamvis nec sic contra natura jus.

PATRIS] Eadem est distinctio inter filium & filiumfamilias. Filium qvippe natura arguit, filiusfamilias dicitur, qvi sub Patris potestate est, qvamvis filius naturalis non sit. Non tamen perpetuo hæc differentia in jure attenditur.

PROFICIANT MATRI AD JUS TRIUM LIBERORUM] Qvid per Jus trium liberorum intelligat Auctor, ex iis, qvæ *dissert. XI. th. 6.* pro, onuntur, patet. Similem opinionem fovet Fornerius *ad d. l. 135. ff. de V. S. fol. m. 314. At vero*, inqvit, *si de Parentum jure qværatur, veluti ut (1) Latina mater jus civitatis Romanæ, seu jus trium liberorum, conseqvatur, vel (2) qvod ex testamento (qvod orba non posset) enixa conseqvatur, benignius est, ne qvid innocenti matri culpa adscribatur, ut hic dicitur.* Ast hæreo, an horum duorum exemplorum a Fornerio adductorum eadem sit decisio; Mihi potius videtur distingvendum esse, an parentes versentur in lucro captando, an in damno evitando. Priori casu monstra hujusmodi prodesse non arbitror propter *l. 14. ff. de stat. hom.* Ex qvo infero, nec Patri prodesse ad excusationem de tutela, nec matri Latinæ ad acqvirendam civitatem Rom. & jus trium liber. qvod cum Fornerio putat Auctor; Posteriori prodesse in tantum puto, ut Parentes a pœna, damnum ipsis inferente, liberet; qvalis erat pœna ex L. Jul. Papia, qvæ parentes orbos semisse multabat eorum, qvæ ipsis in testamento relinqvebantur. Atqve ad hunc casum videtur restringenda *d. l. 135.* tum per verba: *Matri damnum injungere debet*, tum per inscriptionem (desumta qvippe est lex [illegible] Ulpiano *ad L. Jul. & Pap. Add. Strub exerc. 3. th. 4. ibiqve in resol.*) tum deniqve, qvod jura proniora sint damnum evitare, qvam lucrum captare volentibus.

Nuptiæ, quid? Polygamia Nov. Testam. interdicta. Iuri naturæ contraria non est.

IV. Causa patriam potestatem constituens, sunt Nuptiæ, eæqve vel *veræ, vel fictæ. Veræ vel sunt ab initio justæ, vel ex post facto justæ fiunt. Veræ ab initio justæ sunt, quæ κατ' ἐξοχὴν ita dicuntur, nempe* Viri & Mulieris, *non mulierum, ad excludendam Polygamiam, §. affinitatis. & §. seq. Inst. h. t. Novo Testamento Christianis interdictam. Quam juri naturali tamen seu lumini naturæ contrariam non esse, abstracto divino interdicto, seu lege positiva*

Dei,

Dei, promulgata in natura integra, putamus. Dn. Hülsemann. de stat. conj. th. 8. H. Grotius de I. B. & P. lib. 2. c. 15. Conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens. *pr. Inst. de P. P.* eo sensu, quo Philosopho societas conjugalis εἰς πᾶσαν ἡμέραν συνεστηκεῖα in omnem diem, seu ob perpetuum convictum constituta κοινωνία dicitur. *1. Pol. 7. idque ipsum est, quod consortium omnis vitæ dicitur, l. 1. de rit. nupt. quamvis ex accidenti fieri possit, præter intentionem contrahentium, separatio.*

AD THES. IV.

NOVO TESTAMENTO CHRISTIANIS INTERDICTAM] Non quod Christus novam legem tulerit, sed quod legem primævam *V. T.* a Judæis non leviter obfuscatam perspicue explicuerit; quem sensum evincunt verba apud Auctorem seqventia. Et hæc sententia de prohibitione polygamiæ, tam rectæ rationi, qvam orthodoxiæ videtur esse convenientissima, si dicamus: polygamiam successivam, h. e. secundas nuptias, omnino esse licitam; simultaneam vero unius mulieris cum pluribus viris juri N. contrariari; Plurium autem fœminarum cum uno viro juri N. equidem adversantem non esse propter exempla plurium Patriarcharum, qvi pluribus simul fœminis juncti erant; sed esse contra jus divinum positivum, omnes homines obligans, non demum a Christo in N. T. publicatum, qvi error Socinianorum est, sed a Deo statim in primæva conjugii institutione sancitum. Unde tamen seqvitur: Principes absqve peccato non posse simul plures uxores habere, nec ullum hominem circa hanc legem dispensandi habere potestatem, adeoqve falli eos omnino, qvi polygamiam de jure civili solum esse interdictam existimant; qvos inter est Dn. *Strub. exerc. 29. th. 52.* Cæterum qvomodo moribus nostris bigamia puniri soleat, distincte tradit *Carpz. Prax. Crim. q. 66. qvem vide.*

V. Antecedunt nuptias Sponsalia, quæ sunt mentio, *quidam legunt Mutua. Nil muto. Quia ipsa mentio pollicitationem continet, responsio repromissionem. Alb. Gentil. de Nupt. lib. 2. c. 1.* & repromissio futurarum nuptiarum, *l. 1. ff. de Sponsal.* fiebantque olim per stipulationem, *l. 4. C. de Spons.* hodie & nudo consensu, *l. sufficit. 4. ff. de Spons. Sed numquid hic consensus & facto declarari potest? Ita de Iure Civili affirmari posse videtur, Mozz. de nupt. cap. de substant. spons. De I. Can. idem adfirmat Panorm. in c. tuæ fraternitatis, X. de de sponsal. Vide c. un. de despon. Imp. in 6.* Sponsalia. Fiunt nudo consensu.

Quam-

Qui & facto declarari potest.

Quamvis dissentiat Praepositus, sive Johannes Antonius in d. c. Nec est, quod vereatur Cypraus. c. 4. §. 22. n. 4. hac ratione futurum esse, ut si v. g. amantes sibi invicem obviam fiant, hoc ipso consensu, solo animo, sponsalia fore. Nam non quodlibet factum; sed ad indicandum consensum habile requiritur. In muto autem res certa est, d. c. tuæ fraternitatis.*

VI. Desponderi possunt, omnes, qui nuptias contrahere, *l. 15. & 16. h. t.* nec ætas definita est, *ut in matrimoniis*, modo ne sint minores septem annis, *l. 14. h. t. At Cæsar amiculam Agrippæ filiam Attici neptem Tib. Claudio Neroni privigno suo despondit. Corn. Nep. vita Attici c. 19. At tempus sponsas habendi coarctavit Augustus Suet. c. 34. ad biennium. Dio. Proinde in exceptione, quam l. pen. de sponsal. addit. ad L. Iul. & Papiam, videntur hac verba Cujacio abundare;* annum vel. *Et hanc biennii præscriptionem confirmat L. 2. ff. de sponsal. & l. 4. C. Th. Vide Cujac. Hodie si contrahentes nolint contrahere nuptias, coercentur. 1. adhortatione & comminatione gravi: 2. Carcere decem diebus cum tenui victu, aqua & pane: Cum ulteriori comminatione durioris carceris. Et denique perpetua relegatione. Quemadmodum pronunciavit Ordo Iuridicus Lips. Academiæ, anno 1629. versus Martispurgum, & Scabinatus Lips. Senatui Zviccaviensi. Quamvis antehac pro dissolutione sponsaliorum pronunciaverant. Finckelth. observ. 42. vide Dn. Richterum decis. 8.* Et quidem vel pure, vel sub conditione, *c. 1. X. de condit. app.* sed publice. *Nam clandestinæ desponsationes illicitæ, Dn. Carpz. l. 5. Resp. 109. tit. 10. n. 9. & seqq. Sunt autem clandestinæ de Iure Can. quoties vel absque ullis testibus contrahitur, vel his quidem præsentibus, citra denunciationem tamen Ecclesiæ aut parentum consensum. Carpz. Iurispr. consist. 2. 4. 69. Sed denunciationem Ecclesiæ nostræ non requirunt. Dn. Carpz. d. lib. 5. resp. 109. tit. 10. n. 8.*

Qui, post inita sponsalia, nuptias contrahere nolunt, quomodo hodie coerceantur?

Clandestinæ desponsationes illicitæ.

Quænam sint clandestinæ?

AD THES. VI.

HODIE SI CONTRAHENTES NOLINT CONTRAHERE] Non confundenda sunt tres quæstiones distinctæ, (1.) an una pars, quæ sponsalia publica celebravit, possit, altera invita, differre adimplementum nuptiarum, aut etiam plane resilire? (2.) An, utraque consentiente, pos-

sit

sit adimplementum differri? (3.) an mutuo dissensu plane recedi possit a sponsalibus publicis? *Primam* negamus cum Auctore, & Doctoribus ab ipso allegatis. *Quibus adde omnino Mevium P. 3. Decis. 382. 383.* Ubi bene monet, tum: varias cautelas in decisione hac negativa esse observandas, tum: certos istos gradus, de quibus hic Auctor, probe attendendos esse, nec facile unum eorum debere omitti. Ad *secundam* respondeo affirmative *arg. l. pen. ff. de Sponf.* nisi per quotidianam cohabitationem, aut alias circumstantias scandalum publicum oriatur, quo casu omnino Magistratum partes ad adimplementum cogere posse arbitror. *Tertiam* itidem nego cum Finckelthusio & Richtero *allegat. ab Auct. loc. item Carpzov. Jurispr. Consist. lib. 2. def. 173.* ita tamen, ut & hic cautiones a Mevio *d. l.* allegatæ adhibeantur, h. e. nisi adsint causæ justæ, ob quas a Consistoriis repudium permitti solet. De quib. *vid. Auct. th. 8.*

SUB CONDITIONE] *De his vide Carpz. lib. 2. Jurisp. Consist. def. 20. usque ad 25.*

VII. Distinguitur autem, *neque enim est divisio generis in species, sed æquivoci in sua æquivocata* jure Canon. *c. pen. X. de Sponf.* inter Sponsalia de præsenti & de futuro. De præsenti, quando pure, & in præsenti conjugium promittitur, sunt verum Matrimonium, *arg. l. 30. de R I. adeoque improprie sponsalia appellantur, quatenus vinculum sunt matrimonii; appellari tamen ita possunt, respectu consummationis & exequutionis, quæ incipit a benedictione sacerdotali, & concubitu. Sponsalia ergo de futuro se habent, ut pactum de vendendo, Suthols. disp. 2. aphor. 10 Sponsalia de præsenti, ut venditio ipsa, citra traditionem. Dissentiunt alii, qui nulla sponsalia de futuro; alii, qui nulla de præsenti agnoscunt. Hi: quoniam omnia Sponsalia fiant verbis præsentibus. Verum distinguendum erat inter consensum sponsalitium, qui, ut sponsalia in esse deducantur, debet in præsens negotium dirigi, alias forent pacta de Sponsalibus: Et inter consensus hujus finem & effectum, nempe obligationem ad Matrimonium, de futuro contrahendum. Omnia ergo Sponsalia sunt de præsenti, ratione actus spondendi: De futuro autem, ratione executionis: Sed jus Canonicum actum spondendi non attendit, ita sponsalia distinguens.* Qui vero Sponsalia omnia de futuro, etiam Iure Can. adserunt, causantur proclamationem & ἱερολογίαν Ecclesiasticam: Ideoque distinguunt inter consensum spon-*

Sponsalia Iur. Can. alia de præsenti, alia de futuro.

Distinguendum hic inter consensum sponsalitium & hujus consensus finem & effectum.

sponsalitium ac nuptialem quorum illo nuptiæ promittantur, hoc contrahantur. Sed loquendum erat, cum jure Canonico, cujus sunt hi termini. Intelligit autem jus Canonicum præsens & futurum, ratione vinculi, non ratione consummationis, sive per benedictionem, sive per copulam.

AD THES. VII.

DISSENTIUNT ALII] Si jura diversa distinguas, dissensus non erit: Jure enim civili omnia sponsalia sunt de futuro *L. 1. ff. de Spons. junct. l. 30. de Reg. Jur.* Jure Canon. autem sunt vel de præsenti, vel de futuro, *de quibus vide Auct. hic.* Moribus nostris cognita tantum sunt sponsalia de præsenti, quæ tamen, ipso Auctore hic agnoscente, revera sunt matrimonium initiatum. Sponsalia autem de futuro, quatenus jus Canon. ea describit, apud nos non frequentantur (*vide tamen Dn. Stryk. exerc. 36. th. 1. & 13.*) nisi sponsalia conditionata, hodie non adeo infrequentia, ita dicere velis. *Vid. Carpz. Jurispr. Consist. l. 2 def. 17. num. 3. & 4. & in Resp. lib. 5. Resp. 109. n. 3. & seqq.*

Sponsalia quomodo dissolvantur? Quid si datæ sint arrhæ?

IIX. Dissolvuntur sponsalia de futuro alterutrius dissensu, *l. 1. C. de spons. repudio l. 101. §. 1. de V. S. at patri renunciare liceat pro filio. l. 10. h. sed Iure Can. utriusque consensus requiritur c. 2. x. de spons. Quod si data sint arrhæ, quæ videntur a solo sponso exigi, ad instar emtoris. Cujac. parat. C. h. t. & 4. obs. 26. & 11. O. 17. per l. 5. C. d. t. si sponsa repudiet, duplicatas reddit, sin sponsus, perdit. d. l. 5. l. 3. C. h. t. Arrharum mentionem in l. 38. de R. N. a Triboniano adiectam vult Hotom. amicab. 2. 11. Sed memorantur tamen inter insignia sponsaliorum a Kapitolino in Maximino Iuniore. Vid. Scip. Gentil. de donat. int. V. & U. lib. 4. c. 12. Selden in uxore Hebr. lib. 2, 19. Non autem furore superveniente. l. 8. ff. h. t. Iure Canonico dissolvuntur, si alter in lepram similemve morbum incidat c. quemadm. 25. de Iurej. affinitas superveniat. c. 2. c. 7. & seq. de eo, qui cog. con. Pubes factus dirimi postulet c. de illis. 7. & seq. de Sp. Imp. triennium peregre abfuerit. c. de illis 5. x. h. t. Hillig. Don. Enucl. 13. 18. lit. O. & seqq.* Sponsalia autem de præsenti regulariter indissolubilia sunt, *Dn. Carpz. Resp. 5. tit. 10. resp. 108. num. 22. nec a magistratu dissolvi debent, nisi ex causa ob quam matrimonium etiam contractum dirimatur. Non igitur ob furtum commissum. Dn. Carpz. resp. 115. ex quo scilicet sola relegatio irroganda*

Arrharum mentio est apud Kapitolinum.

Iure Can. lepra &c. sponsalia solvit.

Sponsalia de præsenti regulariter indissolubilia.

Digitized by Google

as venit. Dissentiunt Assessores Consistorii Lipsiensis apud Carpz. 5. Resp. 115. Et in Iurispr. Eccl. lib. 2. def. 178.

AD THES. IIX.

SPONSALIA DE FUTURO] Sponsalia conditionata (quæ hodie juris Canon. sponsalibus respondere diximus) pendente conditione mutuo dissensu quidem, non vero ex unius voluntate (*dissentit. Carpz. lib. 5. Resp. 9. n. 6.*) dissolvi possunt. *Carpz. lib. 2. Consist. def. 20. & 21.* Renunciare interim conditioni potest pars, quæ eam adjecit, etiam altera invita, *Carpz. d. l. def. 24.* Deficiente autem conditione expirant, ita ut utrique pœnitere liceat. *Carp. d. l. def. 20. n. 8.*

CONTRACTUM DIRIMATUR] Imo non, per ea, quæ habet Mevius *P. VI. dec. 215. & Schilt. exerc. 36. th. 14.* Hoc quidem dicere possum, illas causas, per quas matrimonium contractum dissolvitur, aut etiam, per quas separatio a thoro & mensa impetratur, facere repudium, non autem vice versa. Videtur vero Auctor noster in hanc sententiam perductus, quod apud Carpz. *d. lib. V. Resp. 108. n. 22.* vidit sponsalia de præsenti æquiparari matrimonio perfecto; Sed hanc B. Carpzov. opinionem refutavit sufficienter *Dn. Schilter exerc. 36. th. 2. & 13.* Quin & ipse Carpz. ab eadem recedit *Consist. lib. II. def. 178. n. 11.* Cæterum quænam sint causæ dissolventes sponsalia de præsenti, late ostendit *Carpz. Consist. lib. II. def. 176. seqq. Richt. dec. 7. n. 9. seqq. Dn. Schilt. d. exerc. 36. th. 15. & seqq. Mev. P. IV. dec. 43.*

SOLA RELEGATIO] Alia est quæstio, an sponsalia de præsenti dirimenda sint, si ob furtum ab una parte commissum sola incarceratio parti nocenti dictetur? Alia; si relegatio? In posteriori enim illud insuper considerandum est: an pars innocens cogenda sit partem nocentem relegatam sequi? Ergo quod consistorium supremum apud Carpz. *Consist. lib. II. def. 178* respondit, sponsalia, ob furtum sponsi modicum incarceratione punitum, haud resolvenda esse, id quidem non tollit dissidium, quod est inter Dnn. Scabinos Lipsienses & Consistorium ejusdem civitatis, quorum illi sponsalia, post quæ una pars furtum commiserat, & ob hoc relegari debebat, indissolubilia statuebant, hoc vero dirimenda esse pronunciabat. *Vid. Carpz. lib. V. Resp. 115. n. 4. 5.* Quamvis autem Carpz. *d. Resp. 115.* multa pro confirmatione sententiæ Dnn. Scabinorum, & refutatione contrariæ opinionis afferat; non tamen illa omnem diriment scrupulum, sed multa ad huc in iis sunt suspecta. (1.) enim, quod in ostendenda similitudine inter sponsalia & nuptias prolixus est, de eo vide, quæ diximus annot. præced. 2.) quod ex delictis famosis sponsalia dissolvi possint, controversum esse asserit Carpz. *d. Resp. 115. n. 21.* ibique magis in negativam inclinat. Sed in Consist. *d. def. 178.* idem assertum, loco fundamenti, ponit. (3) Non video, quomodo opinio

Carpzovii *in Resp.* 115. conveniat cum definitione 179. *d. lib. II. Consist.* cujus inscriptio hæc est: *Annuendum quandoque dissolutionem sponsaliorum petentibus, si sponsus ex culpa sua alio migrare, & peregrinum quærere domicilium necesse habeat.* Quinimo (4) etiamsi homicidium puniatur tantum exilio, tamen sponsalia ad partis innocentis petitionem esse dirimenda statuit idem *lib. II. Consist. def.* 177. *n.* 11. & 13. Quæ omnia an cum rationibus Carp. *d. Resp.* 115. conveniant, alii judicent.

Personæ ad generandum habiles quæ?

IX. Circa constitutionem nuptiarum considerandæ veniunt personæ, & earum conjunctio. Personæ debent esse 1. ad generandum habiles, tum ratione ætatis, *quæ consideratur vel ut terminus a quo; ut sint 2.* masculi puberes, *i. e.* quatuordecim annorum, fœminæ viri potentes, *seu* 12. *annorum,* (*Ius autem Can. non ex annis, sed habitu corporis æstimat, c.* 3. *X. de Despons. Imp. Itaque & malitia ætatem supplet, c. de illis & c. fin. X. eod.*) *vel ut terminus ad quem.* *Sic lex Papia Poppæa caverat, ne mulier 50. annorum, sexagenario nuberet. Sustulit olim hoc caput L. Papiæ Claudius (non Tiberius, uti Cypr. c.* 9. *§.* 8) *Suet. Claud. c.* 23. *quod ab aliis repositum denuo Iustinianus antiquavit l.* 27. *C. h. t. Non improbanda enim prorsus talia conjugia. Etsi enim forte principali, non omni tamen destituuntur fine, utpote mutuo adjutorio vitæ.*

Mulier 50. annorum sexagenario nubere potest.

Discrimen inter castratos & spadones. Spadones qui dicantur?

tum ratione sanitatis & integritatis corporis, *quomodo prohibentur castrati.* § 9. *junct.* §. 4. *I. de adopt. l.* 39. § 1. *de I. dot. l.* 14. §. *ult. de manum. vind. vid. Nov.* 22. *c.* 7. *Nov. Leon.* 98. *quibus genitalia sunt abscissa. l. si serva.* 39. §. 1. *de I. dot. Nam spadones, qui ob naturæ tantum frigiditatem coire nequeunt, nuptias contrahere jure civili possunt. l.* 6. *de lib. & post. Repudiari tamen potest, qui per triennium coire propter naturalem imbecillitatem non valet. L. in causis.* 10. *C. de repud. Nov.* 22. *c.* 6.

AD THES. IX.

ETSI ENIM FORTE PRINCIPALI] Si ex his rationibus conjugia senum toleremus, necesse est, ut quoque toleremus conjugia Eunuchorum, communi Theologorum orthodoxorum consensu damnata: imo & illud statuendum foret, conjugium unius fœminæ cum pluribus maritis juri N. non repugnare. Ex aliis ergo principiis est decidenda quæstio. *Scil.* conjunctiones, in quibus certum est, naturaliter non obtineri posse finem primarium conjugii, a Magistratu haud sunt tolerandæ, cum sint contra naturam. Ubi autem spes est naturaliter, quamvis extraordinarie, generationem sobolis posse

posse obtineri, & ipsæ conjunctiones permittendæ erunt. Inde nuptiæ cum arcta non sunt, sunt tamen cum sterili. Inde Eunuchorum conjugia interdicuntur, spadones autem, thlibiæ & thlasiæ ad eadem admittuntur. Simili igitur ex ratione, cum non una in historiis deprehendamus exempla, non solum viros sexagenarios, sed & fœminas quinquagenariis majores prole fuisse beatas, nec his conjugia prohiberi solent, *adde infra not. ad dissert. 4. th. 7.*

Cognatio quid?
Est vel naturalis vel legalis.
Legalis it. duplex.
An summa potestas, ex susceptione e baptismo inducere eam possit?
Per confirmationem & catechismum spiritualis cognatio contrahitur.

X. (3.) Cives Romani, *pr. I. h. t. Servi enim jure civili nuptias non contrahunt. l. 3. C. de inc. nupt. Iure autem Canonico licens est. c. 1. x. de conjug. serv.* & denique (4) conjungi non prohibitæ. *Prohibitionis causæ sunt cognatio, affinitas, delictum, potestas & honestas. Cognatio est conjunctio duarum personarum ex generatione vel lege positiva orta. Itaque est vel naturalis, vel legalis. Naturalis vel mere, ut ex concubinatu, vel naturalis & legitima simul, ut ex justis nuptiis. Legalis quæ fit vel adoptione, vel susceptione ex baptismo, unde probibitum esse matrimonium l. si quis 26. C. h. t. idque jam olim, probat canon. 53. Synodi sextæ Trullensis, anno Christi 670. habita, lib. 8. juris Græco-Romani h. t. Et quamvis acriter contra hoc genus prohibitionis pugnet Lutherus tom. 2. Lat. Ien. & Germanico tom. 1. p. 149. Non tamen ejus rationibus effici potest, quo minus jure positivo liceat summæ potestati tale quid statuere. Iure canonico non solum per baptismum: Sed & per confirmationem & Catechismum contrahitur spiritualis cognatio. can. si quis ex uno. c. 30. q. 4. can. in catechismo. de consecr. d. 4. contracto. x. h. t. c. 1. & ult. x. de cog. spirit. in 6. Catechismus autem est professio futuri baptismi, quæ fit per sacrati salis pabulum.*

Lineæ alia recta, alia obliqua.
Fratres & sorores jure gentium incestum committunt.

XI. In cognatione naturali, *quamvis jure civili nulla plane opus sit computatione graduum. Wesenb. ad Schneidew. h. t. Quia tamen Ius Canonicum ad gradus quasi γεωμετρεῖ matrimonium, id scire illos computare oportet.* Distinguendæ sunt lineæ, quarum alia recta; alia obliqua. In linea recta, *quæ est parentum & liberorum*, personæ prohibitæ sunt in infinitum, *Iure civili, divino & canonico.* In linea collaterali prohibentur fratres & sorores. *§. 2. Inst. de Nupt. quos incestum jure Gentium committere puto. Si enim illas gentes, quibus leges Mosaicas Deus non pro-*

mulgaverat, ob violationem hujusmodi prohibitionis, extremo exterminii supplicio Deus punit, oportet, ut alia, quam positiva Dei lege ad observationem hujus prohibitionis fuerint obligatæ. Sed alia non est, quam lex naturæ. Vide Levit. 18. 27. & 28. & c. 20. 23. & qui parentum & liberorum loco sibi sunt, *quocunque gradu. §. 3. Inst. Dicitur autem parentis esse loco, non quicunque propius contingit stipitem altero: sed is demum, qui stipiti, a quo uterque communem originem trahit, immediate subest. Ut sunt patruus, & fratris filia, avunculus & sororis filia, amita & fratris filius, patruus magnus, & fratris neptis, avunculus magnus & sororis neptis. §. 2. 3. 5. Inst. b.*

Parentis loco quis esse dicatur?

AD THES. XI.

JURE CIVILI NULLA PLANE] Scil. in materia nuptiarum *can. ad sedem 2. c. 35. qu. 5.* Quamvis enim etiam jure civili proximitas graduum attendatur: prohibitio tamen juris civilis (quam hic vide apud Auct.) absque computatione eorundem notari potest: Quinam enim sint parentes & liberi, tum, quinam fratres ac sorores, ac denique, qui parentum & liberorum loco sint, disci potest, etiamsi nescias, quoto gradu hæ personæ a se invicem distent.

JURE CIVILI, DIVINO] Non positivo solum, sed & naturali, cujus rationem in eo recte quæri arbitror, quod admissis conjunctionibus parentum & liberorum cujuscunque gradus non solum confunderentur nomina personarum diversis gradibus distinctarum, sed etiam tolleretur summa illa reverentia parentibus a liberis ex præscripto legis naturalis debita. Hæc enim cum summa illa familiaritate, quæ est inter conjuges, consistere nequit, cui non obstat instantia a nonnullis allata, de conjugio Reginæ cum subdito suo, reverentia enim Principibus debita ab ipsis remitti potest certis quibusdam personis, imo etiamsi velint, tota abdicari; Non ita Parentibus debitus honos.

JURE GENTIUM] An hæc assertio Auctoris doctrinæ Juris civilis conveniat, an vero Juris Gentium incestus solum ad adscendentes & descendentes restringatur *per l. f. ff. de R. N.* hic non disputabimus, cum quæstiones Juris N. & G. nequaquam ex jure Civili determinari debeant. Certum quidem omnino est, conjugia fratrum & sororum contra jus N. haud esse, quia hac sententia approbata, Deus primorum Parentum posteros multiplicari jubens, nec tamen, nisi unum par conjugum creans, per necessariam quandam consequentiam causa peccati constitueretur, a qua absurditate non liberat, sed rem magis implicat distinctio nonnullorum inter Jus N. primævum & secundævum, vel inter absolutum & hypotheticum.

ob

Digitized by Google

OB VIOLATIONEM HUJUSMODI PROHIBITIONIS] Recte statuit Auctor, etiam ob hujus prohibitionis violationem gentes fuisse exterminatas, non ut alii volunt, *primario* ob idololatriam, sodomiam & adulterium, quibus repugnant verba expressa *Levit. XIIX. vers. 25.* omnia quæ præcesserant, (adeoque & graduum prohibitiones) *æqualiter* conjungenda.

OPORTET UT ALIA] Imo non oportet, quia datur tertium, lex scilicet divina positiva universalis, & omnes homines obligans. *Vid. dicta ad dissert. 1. th. 5. annot. 3.*

DICUNTUR AUTEM PARENTIS ESSE LOCO] Perspicue parentis loco hic esse dicuntur parentum nostrorum cujuscunque gradus fratres & sorores, ■ liberorum loco sunt, fratrum & sororum liberi etiam cujuscunque gradus.

XII. In cognatione legali eadem regula in linea recta, etiam soluta adoptione. §. *1. Inst.* In collaterali non nisi cognatione durante *§. 2. Inst. h. t. interque eos tantum, qui sibi facti sunt agnati. l. 23. de adopt.* * *nisi talis futura sit conjunctio, ex qua oriretur confusio nominum, & contemtus reverentiæ, ut in l. 55. §. 1. ff. de R. N.*

XIII. Adfinitatis ratione, *est autem adfinitas alienæ cognationis per nuptias adjunctio l. 4. § 3. π. de grad. Hinc cognati uxoris meæ mihi sunt adfines, & mei cognati uxori meæ. Ipsi autem cognati inter se adfines non sunt.* * *Qua ratione duo fratres ducere duas sorores, pater & filius matrem & filiam possunt. c. quod supra 5. X. de consang.* * *Et duo comprivigni. §. 8. Inst. h. t. l. 1. l. 34. §. 2. π. h. t.* Eodem modo prohibentur, qui sibi sunt parentum & liberorum, vel fratrum & sororum loco. *§. 6. & 7. h. t. l. 14. §. 4. π. eod. l. 5. l. pen. & ult. C. de incest. nupt.* Affinitas quid? Cognati mariti & uxoris inter se affines non sunt.

XIV. Est & imperfecta atque inchoata adfinitas nuptiis impedimento, quæ vel per sponsalia contrahitur, utpote inter sponsam filii & patrem, vel filium & sponsam patris. *§. 9. Inst. h. uxorem privigni & vitricum. l. uxorem 15. π. de R. N. Quamvis sublato secundo & tertio genere adfinitatis c. pen. X. de adfin. in hoc casu aliud constitutum esse videri posit. Verum & jure Canonico respectus habetur ad personas, quæ parentum & liberorum loco sint,* vel per prohibitum concubitum. *arg. l. 54. π. h. t. l. 4. C. eod. Cujac.* Imperfecta & inchoata affinitas quid?

Digitized by Google

jac. ad c. 2. x. de conf. & aff. per c. discretionem. x. de eo qui cogn. Rauchb. p. 2. q 13.

Linea collateralis æqualis. Inæqualis.

XV. Quod attinet Ius Canonicum, distinguitur linea collateralis in æqualem, *in qua sunt ii, quorum uterque æque vicinus est stipiti*, & inæqualem, *in qua sunt, quorum altero alter stipiti vicinior est.* In æquali hanc habet regulam: *Quot gradibus alteruter distat a stipite, tot etiam inter se distant personæ, de quibus quæritur.* In inæquali: *Quot gradibus remotior distat a stipite, tot inter se distant. c. 9. X. de consang.*

Computatio graduum Canonica a Civili differre non videtur. Canones ex duabus generationibus non faciunt unam.

XVI. *Et hæc de graduum hoc jure computatione. Quare ipsa a civili differre non videtur can. 2. vers. utramque tamen computationem. caus. 35. q. 5. Quod enim dicitur secundum canones duos gradus legales unum canonicum efficere, ejus nequaquam hic sensus est, ut si ex duobus generationibus canones unam efficere velint: sed quod in matrimonio duas pro una numerent, quoniam non quæritur, quot gradibus persona conjungenda inter se distent, sed an una earum consistat in gradu prohibito can. 2. ibi: & aperte demonstretur, usque ad quotam generationem a consanguineorum sit nuptiis abstinendum. caus. 35. q. 5. Qua prohibitione inventa in uno latere, satis certum est, matrimonium non posse contrahi. Itaque etsi Iure quoque Canonico verum est, consobrinorum inter sese v. g. distantiam esse quatuor graduum, non necessum tamen, ut omnes quatuor ex utroque latere numerentur, seu computentur, siquidem ad effectum conjunctionis matrimonialis sufficit, si sciam, alterutram eorum in linea æquali, in inæquali vero remotiorem distantiam in prohibitis esse, vel non esse, quandoquidem duæ personæ conjungendæ, pro una habentur, quippe per matrimonium una caro futuræ. Si itaque duæ personæ fiunt una, unius etiam gradus solum inquirendi. Cum satis intelligatur, conjunctionem duarum fieri non posse, alterutra ad conjungendum inhabili. Et quando proinde dicitur, quod in linea transversa inæquali, quoto gradu remotior distat, tot gradibus uterque inter se distet, mens hæc est, quod ubi duæ personæ, disparis distantiæ a stipite, conjungendæ sunt per matrimonium, ibi non proximioris, sed remotioris distantiam respiciendam esse, vel, quod perinde est: Ubi per-*

rsona a stipite longissime remota distantia adhuc intra gradum jure rohibitum reperitur, ibi conjunctionem fieri non posse, etsi verba gula aliud præ se ferunt. Prohibentur autem personæ inter gnatos & adfines ad quartum usque gradum inclusive, *pen. & ult. X. de consf.* ex ratione, quod quatuor humores in corpo-, qui constant quatuor elementis. c. 8. X. de consang. Moribus ve- nostris ad quartum gradum exclusive nuptiæ prohibitæ sunt, ita in tertio linea æqualis matrimonia sint libera. Elect. Sax. Ord. cel. D. Aug. c. 7. tit.* Welche Personen, 2c. §. Zum andern.

Personæ inter cognatos & affines jure Canon. usque ad 4tum gradum nuptias contrahere prohibentur.

AD THES. XVI.

Æ REIPSA A CIVILI] In linea recta concedo, in collaterali nego, quicquid disputet Autor hic in contrarium, cui pro responso inservire poterunt, quæ habet Carpzov. *in usu arboris consanguinit. c. 1. n. 59. seqq.* Observatur autem computatio Canon. in terris Imperii Germanici, etiam ubi religio Pontificia non viget, in causis matrimonialibus, ex consuetudine inveterata. *Carpzov. d. l. num. 68.*

ORIBUS VERO NOSTRIS] Scil. in foro Protestantium, & nostro inprimis Saxon. prohibentur nuptiæ ratione consanguinitatis in linea recta itidem in infinitum. In collaterali in genere inter eas personas, quæ respectum habent parentum & liberorum: in specie in linea æquali collaterali usque ad gradum 2. in inæquali usque ad gradum 3. utrobique inclusive. Ratione affinitatis prohibentur nuptiæ inter eas personas, quæ respectum habent Parentum & liberorum, etiam in 2. & 3. genere affinitatis, ut & inter eas personas, quæ se habent ut frater & soror, & generatim: quibus gradibus prohibitæ sunt nuptiæ ratione cognationis, iisdem quoque prohibitæ intelliguntur ratione affinitatis. Tertium tamen genus affinitatis hic impedimento non est. Quæ omnia latius deducta tum vid. Carpzov. *de usu A. C. c. 3. & 4. & in Jurispr. Consist. lib. 2. def. 71. usque ad 108.*

XVII. *Propter delictum rapta suo raptori. l. un. §. 1. vers. nec t facultas. C. de rap. virg. Novi Constan. 43. & adultera adultero ubere prohibetur jure civ. Jure autem Canonico matrimonium ntrahendum propterea non impeditur, nec ob raptum præcedenm, dummodo vitium purgatum sit, id est, mulier parentibus restita, & pœnitentia a raptore peracta. c. ult. x. de Raptor. Nec ob dulterium, nisi ei adjuncta fuerit aut nuptiarum promissio, aut mahinatio in prioris viventis conjugis necem. c. significasti. 6. X. de eo, ui dux. in matr. quam poll. Pacius disp. 2. th. 19.*

An rapta raptori & adultera adultero nubere possit? Distinguendum jus civile hic a canon.

AD THES. XVII.

PROHIBETUR JURE CIVILI] *Per l. 13. ff. quibus ut indign. l. 27. C. ad L. Jul. de adult. Nov. 134. c. 12.*

NEC OB ADULTERIUM] Consonat observantia Consistoriorum nostrorum. *Vid. Carpz. Consist. l. 2. d. 14. 15.*

XIIX. Civili ratione conjungi prohibentur, *vel ob inæqualitatem ex dignitate:* senator cum libertina. *l. 44. l. 16. π. h. t.* patrona ejusque filia cum liberto, *quod sublatum. Nov. 78. c. 3. auth. sed novo jure C. de nupt. vel ob potestatem publicam,* præses cum provinciali, *c. 1. C. si quacunque prædit. pot. l. 63. de R. N. nisi officio vel finito, aut desponsatione ante susceptum illud facta, l. si quis officium. 38. ff. de R. N. l. etsi contra. 6. C. de Nupt. vel ob quasi publicam:* tutor ejusve filii cum pupilla, *a. 1. C. de interd. matr. inter pup. Ex oratione Marci & Commodi. l. 20. & 60. ff. de Rit. nupt. nisi rationibus a tutore redditis, temporeque intra quod pupilla restitutionem in integrum impetrare potuit, effluxo l. quanquam. 62. §. 2. de R. N. Denique ratione publicæ honestatis quædam nuptiæ interdictæ ut inter patrem quondam adoptivum & filiam adoptivam emancipatam. §. 1. Inst. h. Deinde cum filia uxoris quondam nostræ post divortium ex alio procreata. Cum sponsa filii aut patris §. si uxor. Inst. h. l. si qua mihi. 12. ff. h.*

Præses quan. cum provinciali conjungi possit?

Tutor ejusve filii quar. cum pupilla?

Ratione publicæ honestatis quæ nuptiæ interdictæ?

AD THES. XIIX.

CIVILI RATIONE] Hodie nec dignioribus (inde quamvis bene faciant nobiles matrimonio cum plebejis abstinentes, subsistit tamen omnino ejusmodi matrimonium cum plebejis initum, certisque præditum est effectibus, de quibus vide *Carpz. Consist. l. 2. d. 9. 10. 11.*) nec potentioribus, nec tutoribus nuptiæ interdicuntur. *Vid. Brunnem. exerc. 2. ad Inst. de nupt. §. 11.*

OB POTESTATEM PUBLICAM]. Eique conjunctam suspicionem concussionis. *Brunnem. d. l.*

OB QUASI PUBLICAM] Imo potius ob metum, ne rationes tutelæ subtrahentur. *Brunnem. d. l.*

CUM SPONSA FILII, AUT PATRIS,] Item ob rationis identitatem cum sponsæ matre, aut filia, quam prohibitionem non absque ratione extenderunt mores nostri ad sponsam fratris & defunctæ sponsæ sororem. *Carpz. Consist. l. 2. d. 107. 108.* Utroque tamen casu dispensatio locum habet, sed adhibitis cautelis, quas tradit Carpz. *d. l. def. 120. 121. 122.*

XIX.

XIX. Personarum (*adde aph. 9.*) conjunctio fit per consensum; * *absque deductione in domum per textum express. l. 66. de don. int. V. & U. Vide Dn. Frantzk. Exerc. 2. q. 7. n. 9. & seqq. adde l. 22. C. de nupt. Ita tamen, ut iure Canon. & moribus nostris benedictio sacerdotalis non negligatur. c. aliter. c. 30. q. 5. c. 13. X. de praesumt. ex antiquissimo Ecclesiae Christianae instituto, ut bene observat Hottoman. illust. q. 2. Vide Grotium ad cap. 25. Matth. v. 1. Hildebrand. de rit. sacr. thes. 17. nisi, secundum Don. 13. Com. 20. necessitas aut justa causa impediat. ubi libera debent esse conscientia. Confer Sandinm decis. Fris. lib. 2. tit. 1. decis. 1.* non illorum tantum, qui contrahunt: sed & parentum, in quorum sunt potestate. *l. 2. de R. N. pr. Inst. h. t. Emancipatus ergo filius sine consensu Patris recte contrahit. l. filius. 25 de R. N. l. non tantum 3. § si emancipatus. 5. de bon. poss. contr. tabb. Non item filia emancipata, si sit intra 25. annum. l. 1. l. vidua. 18. & l. in conjunctione. 20. C. de Nupt.* Idque jure tam civili, *usque adeo, ut tanquam jussus praecedere debeat. pr. Inst. de Nupt. & si avum habeant, simul cum patre in avi potestate existente, non avi tantum: sed etiam patris consensus requiratur, si modo verisimile sit, hos in potestatem patris recasuros. l. 3. l. oratione. 16. §. 1. ff. de R. N. nec cogi possunt parentes, ut consentiant Dn. Carpz. p. 4. Consist. 10. def. 14.* quam canonico. *c. nostrates. c. 30. q. 5. c. non omnis. 12. c. 32. q. 2. in fin.* * *Sed quid de naturali jure? Duplex quaestio: Et an respectu conscientiae nuptiae sint tutae, omisso consensu? Et an respectu externorum effectuum? Quoad priorem omnino necessarius est Parentum consensus, & gravissime peccant, qui negligunt. Quoad posteriorem, putamus jure naturae tamen matrimonium non esse nullum, nec liberos illegitimos. Exemplo Esavi liberorum. Genes. 36.*

Conjunctio personarum in nuptiis fit absque deductione in domum. Benedictio sacerdotalis an interdum negligi possit?

Parentes cogi nequeunt, ut consensum praestent. Consensus parentum an in nuptiis liberorum jure naturae requiratur?

AD THES. XIX.

PER TEXTUM EXPRESSUM l. 66. DE DON. INTER VIR. ET U.] Cui objiciuntur *l. 5. de R. N. l. 15. de cond. & dem. l. 6. de don. ante nupt.* Ad quas respondet Frantzk. *d. exerc. 2. q. 7. Adde Fibig. colleg. legali publ. ibidem.* Dissentit Dn. Schilter *exerc. 36. th. 58.* quem vide, & praeprimis *th. 59.* ubi ad *d. l. 66. de don. inter V. & U.* respondet.

BENEDICTIO SACERDOTALIS] Benedictionem sacerdotalem ad consum-

 ma-

mationem matrimonii necessariam esse, neque adeo sine luitione pœnæ ecclesiasticæ omitti posse certum est. *Carpz. l. 2. d. 147. Philip. ad Decis. Elect. 49. observ. 1.* An vero ad essentiam conjugii benedictione opus sit, ita, ut ea omissa, liberi ex ejusmodi concubitu geniti pro illegitimis sint habendi, inter Theologos pariter ac ICtos controversum fuit, prout apparet non tantum ex iis, quæ hanc in rem collegerunt *Carpz. P. III. const. 14. def. 12. Strub. exerc. 29. th. 25. Schilter exerc. 36. th. 9. Philip. d. l. observ. 2. n. 18. seqq.* sed & ex responsis diversis Collegiorum Iuridicorum, quæ collecta vide apud Philip. *d. observ. 2. n. 28. 29. 40. 41. 42.* Sed diremit hanc litem in Electoratu Saxon. Serenisf. Elector *d. decis. noviss. 49.* distinguendo inter sponsalia publica & privata, si illa celebrata fuerint, tunc liberos ante sacerdotalem benedictionem natos pro legitimis esse habendos, parentibusque succedere. Si hæc, eos, tanquam illegitimos, a successione arceri debere. Quam posteriorem decisionem ego quidem de eo casu saltem intelligo, si, celebratis sponsalibus privatis, sponsus sponsam impraegnaverit, & antequam nuptias per benedictionem sacerdotalem consummare potuerit, fuerit mortuus, non de eo casu, ac si ejusmodi liberi ex privatis sponsalibus nati per subsequens matrimonium legitimari nequeant, ad quam opinionem aliquem inducere possent verba inscriptionis, quæ Dn. Philip. *d. observationi 2. ad decis. 49.* præposuit, (quamvis ipse textus observationis paululum obscurior sit) cui tamen non solum generalis legitimationis ratio, sed & ipse contextus decisionis repugnat.

NEC COGI POSSUNT PARENTES] Adducit quidem pro se Auctor Carpzov. *P. IV. const. 10. def. 14.* ubi docet 1. solum contemtum liberorum, quod absque consensu Parentum sponsalia contraxerint, sufficientem dissensus rationem esse, & pro hac opinione responsum Dnn. Scabin. Lipsiens. ejusque verba: Die Eltern auch wider ihren Willen darein zu consentiren nicht gezwungen werden mögen / allegat. Sed cum Dnn. Scabini Lips. (1.) quæstionem præsentem non ex professo tractent, prout ex responso definit. 15. Carpz. subjecto apparet, & præterea ipsorum verba hanc admittant explicationem, quod non facile Parentes cogi possint ad consensum, verior videtur opinio altera ab eod. Carpz. *l. 2. Consist. def. 53.* latius deducta, quod scil. liberi nuptias ex permissu & decreto Consistorii contrahere valeant, etiam invitis parentibus, si causam dissensus nullam, vel non justam, prætendere queant. *Adde eundem d. l. def. 57.* ubi solum contemtum causam sufficientem haud esse ostendit, & Perez. *ad Cod. de nupt. n. 19.*

QVOAD POSTERIOREM] Adde pro hac sententia Grot. *de J. B. & P. lib. 2. c. 5. §. 10. ibique Dn. Ziegl. & commentatores alios, Eichelium de jure parent. & liberor. §. 37. 38.*

XX. Et jure quidem civili, *quo jussus, ut dixi, præcedere* de-

debet, ratihabitio nuptias non confirmat retro, *i. e. non facit, ut nuptia habeantur, ac si statim ab initio justa fuissent:* Sed demum a tempore consensus interpositi facit legitimas haberi *l. si uxor. 13. §. si quis. 6. in fin. ad L. Iul. de adult. l. dotis. 68 de Iur. dot.* * *Non impediente. l. 5. C. de nupt. quoniam pracessisse consensus putandus, cum pater sciens nuptias contrahi non contradixerit.* Adeo ut nuptiæ sine parentum consensu contractæ ipso jure nullæ sint. *§. 12. Inst. Excepto, si parens sit furiosus. pr. Inst. h. t. l. cum dementis 28. C. de Episc. aud. l. quoties. 8. de pact. dot. l. si furiosi. 25. C. de Nupt. Et si absens, vel ab hostibus captus, & intra triennium non revertitur. l. si nepos. 9. §. is cujus pater. 1. & l. si ita 10. de R.N. Adde l. 11. ff. eod.* Et post concubitum etiam dirimi possint. *l. 11. π. de Stat. hom. ex qua ad absurdum ita colligitur: Qui mediante copula nascitur; ille nascitur ex legitimo matrimonio. Filius in d. l. 11. non nascitur ex legitimo matrimonio. Ergo non nascitur mediante copula. Adde, quod rei nullius nulla sit confirmatio. Nuptia sine consensu parentum sunt nulla d. pr. & §. 12. Inst. de nupt. Alias rationes vide apud Luth.* von Ehesachen. *art. 1. Chem. p. 3. loc. Theol. disp. 19. Bezam de divort p 145. Quamvis hoc matrimonium confirmat nostri usus fori. Dn. Carpz. 4. 20. 15.*

Ratihabitio nuptias non confirmat retro.

Nuptiæ sine consensu parentum contractæ sunt nullæ.

Explic. l. 11. π. de Stat. hominum.

AD THES. XX.

ITA COLLIGITUR ETC.] Ita in hoc argumento subsumendum: *Atqui filius in d. l. 11. nascitur mediante copula, ergo nascitur ex legitimo matrimonio, quod est absurdum.*

QVAMVIS HOC MATRIMONIUM] Ergo multo magis si per benedictionem sacerdotalem sit consummatum, *Dedekenn. Vol 3 consil. Theolog. 4. sect. 1. n. 12* salva tamen utrobique exhæredatione, aliisque pœnis usitatis. *Vide Ordinat. Eccles. tit.* von Ehesachen und Wärden/ *& ordinat. matrim. de anno 1624. §. eod.*

XXI. Consensus autem cum duo habeat principia, cognitionem & appetitum, illi opponitur error & dolus, huic vero violentia. Error, *est vel* circa matrimonii substantialia, *vel accidentalia. Circa substantialia si error est*, matrimonium impedit, *talis error est circa sexum, circa individuum cum quo voluisti contrahere, circa facultatem contrahendi, propter gradus jure divi-*

Consensus duo principia habet.

Error circa substantialia matrimonii quis?

Error circa accidentalia.

Quid juris in eo, qui ignorans, ab alio vitiatam duxit.

divino prohibitos negatam, circa facultatem contrahendi denegatam, ob alterius obligationem jam alii praestitam, circa praesentem defectum corporis, quo impeditur copula, error circa statum, circa potestatem patriam. Error circa accidentalia est, qui accidit circa quamcunque qualitatem vel internam, vel externam alterius partis, qui nec matrimonium contrahendum impedit, nec dirimit contractum, ut sunt vitia corporis & animi, caecitas, tarditas, ebriositas, defectus fortunarum, delictum commissum, diversitas religionis. Quaeritur: Si quis ignorans ab alio vitiatam duxit, an repudiare possit? Quod reor. Quia jam stupratori potestatem fecit sui corporis, cum quo facta una caro, ideoque lege divina eadem poena cum adultera plectitur. Deuter. 22 20. Et πορνεία in genere solvit matrimonium, Matth. 5, 32. & c. 19. Vide Riemerum decad. 2. q. 6.

AD THES. XXI.

CIRCA STATVM, CIRCA POTESTATEM PATRIAM] De his cogitandum erit, quid per ejusmodi errores intelligat Auctor.

DELICTVM COMMISSVM, DIVERSITAS RELIGIONIS] Et de his cogitandum ulterius, praeprimis cum jam supra dictum sit; ob delictum post sponsalia de praesenti commissum v. g. homicidium, ea rescindi debere.

QVOD REOR] Et recte, non quidem ob rationes Autoris; alias enim sequeretur, nec viduas, utpote quae cum maritis prioribus una caro factae sunt, ad secunda vota transire posse; neque ratio Auctoris causa est lapidicidii *Deut. 22. v. 20.* Et denique πορνεία Matth. 5. 32 & c. 19. v. 9. non in genere sumitur, sed in specie pro adulterio, quod materia substrata suadet. Adulterium autem commisisse non potest dici, quae ante sponsalia ab alio vitiata est, quem casum & ego intendo, & verba Auctoris innuunt, sed ideo, quia virginitas est qualitas substantialis conjugii, frustra dissentiente jure Pontificio *caus. 29. quaest. 1.* Intelligo autem virginitatem non physicam, sed moralem, h. e. eam, secundum quam foemina nemini, quam cui debet, corporis sui facit copiam. *Adde Dn. Strub. exerc. 29. th. 25.*

XXII. De dolo magis ambigitur: Qui tum demum impedimento nuptiis esse videtur, si omnem omnino consensum excludat. *Alb. in cap. cum dilectus, & alii, quos allegat Cypr. de Sponsf. c. 13. §. 58. n. 4.*

AD THES. XXII.

QVI TVM DEMVM] Scilicet vel dolus causa fuit erroris circa substantialia conjugii, vel saltem errori circa accidentalia causam dedit. Priori casu nuptiae

ptiæ nullæ sunt. Huc refer dolum Labanis Leam pro Rahele Iacobo adjungentis; Posteriori casu subsistunt nuptiæ, ut si v. g. dolose sponsa persuaserit sponso, se divitem esse, cum non sit. &c.

XXIII. Violentia, seu coactio facit matrimonium ipso re nullum. *l. 12. C. de nupt. l. 134. π. de V. O. d. un. C. si quarum onf. c. 13. §. 14. l. 7. §. 1. Quod met. caus. voluntarium enim non , quod habet principium movendi extra se. 5. Eth. 1.* Metus ve-, si reverentialis, *quod est obsequium reverentiale erga patrem, qua omnis abest atrocitas*, matrimonio non nocet *gl. in. c. præ- ns 20. q. 3.* sin justus, *quem Iudex arbitrabitur. Alius enim in mina, alius in viro justus. Covarr. p. 2. c. 3. §. 4.* matrimonium cit irritum. *c. significavit. X. de eo, qui dux. in mat. c. 14. & 15. de onf.* * *Purgatur autem metus per spontaneam subsequentem cohaationem, tanquam novo consensu. c. ad id 21. X. de sponf. Covarr. c 3. §. 6.*

Coactio facit matrimonium nullum.

Metus reverentialis non item.

AD THES. XXIII.

SO IVRE NVLLVM] Differentiam inter actiones ex violentia & metu oriundas insignem esse, ex Ethicis notum est, ita ut illæ ad pure invitas, hæ vero ad mixtas; spontaneis tamen magis; quam invitis accedentes, referantur, & hanc differentiam bene observat Auctor *h. l.* seorsim violentiæ, seorsim metus usum in matrimonio declarans, quamvis in doctrina de violentia *cap. 18. X. de sponf. & l. 7. §. 1. quod met. c.* non ita bene alleget. Nihil autem certius est, quam quod matrimonium per meram alterius violentiam contractum matrimonii nomine vix dignum, sed ipso jure nullum sit, nullaque rescissione opus habeat *arg. l. 12. C. de nupt. l. 134. ff. de V. O. l. un. C. si quacunque præditus potestate*, junctis primis principiis moralibus (*adde cap. 14. X. de sponsal.* quod ostendet differentiam esse inter vim & metum) Fatendum autem omnino est, quod casus ejusmodi meræ violentiæ in matrimonio sint rarissimi, pene dixerim, non dabiles, nisi huc referre velis casum etiam ab Auctore allegatum *in capit. Veniens. 13. X. de sponsal.*

CIT IRRITVM] Deinde quamvis de ratione naturali nonnulli Dd. moralium discrepent; de jure tamen Civili certum quoque est actiones metu initas in se subsistere, & saltem irritas reddi per actionem quod metus causa, *arg. l. 1. ff. quod met. c.* vel intentionem adversarii promissionis metu actæ adimplementum petentis per exceptionem metus elidi, *arg. § 1 junct. princip. Inst. de except.* Ab hac ergo regula cum nuspiam exceptæ sint nuptiæ, merito & hæ, si metus justus ipsis causam dederit, irritæ saltem erunt, non nullæ. Dissentit post alios *Dn. Struv. exerc. 29. thes. 25.*

XXIV.

Concubinatus describitur.

XXIV. Tandem & de concubinatu videndum. Est ille, *jure civili*, maris & fœminæ, *libertinæ; Vel ingenuæ quidem, sed humilis, vel prostituti corporis*, *l. 3. pr. de concub.* unicæ. *l. un. C. de concub. l. fin C. comm. de manum. l. 21. §. 1. de V. O. Nov. 18. c. 5. Nov. 89. c. 12. §. 45. quo differt a Pellice concubina, quæ autore Festo, uxorem habenti nubebat. l. 44. de V. S. & vocatur pellex respectu uxoris, non viri Vall. eleg. 6. Ita Juno apud Poetas, Jovis amicas suas appellat pellices: Jupiter non item.* conjunctio, citra tamen adfectionem maritalem. *l. 4. de Concub. 41. §. 1. h. t. l. 3. §. 1. de don. int. vir. & ux. l. 31. pr. π. de don. l. 49. §. 4. de leg. 3.* Adeoque *jure naturali concubinatus licitus*, *Grot. de I. B. & P. lib. 2. c. 5. n. 15.* nec Iure civili, etiam novissimo. *Nov. 18. c. 5. l. un. C. d. concub.* nec Canonico simpliciter, prohibitus. *c. 4. dist. 34.*

Concubina quomodo differat a Pellice?

Iure naturali concubinatus est licitus. An & Iure civil. nov. & Iure Canon.

AD THES. XXIV.

JURE N. CONCUBINATUS LICITUS] Concubinatus ab Auctore descriptus in eo differt a conjugio potissimum, quod finiri possit certo tempore, conjugium autem sit ex natura sua indissolubile. Quamvis igitur Grotii locus, si accurate inspiciatur, loquatur de alio concubinatu, qui revera a matrimonio non differebat, prout notant Commentatores ad Grotium, interim tamen cum per se neque pugnet cum hominis socialitate, neque cum divina sanctitate conjunctio unius viri cum una fœmina ad tempus saltem restricta, inde Iuri N. equidem adversus non est ejusmodi concubinatus. Contrariatur vero primæ institutioni divinæ conjugii, quæ inter leges divinas positivas omnes homines obligantes merito refertur, *vide not. supra ad th. 4.* adeoque omnes homines ad sui observantiam obligat. Et igitur peccant Magistratus omnes, utpote legi huic divinæ inferiores, si concubinatum permittant.

NEC CANONICO SIMPLICITER] *Vid. tamen hic omnino Dn. Strub. exerc. 30. th. 89.* ubi ostendit concubinas juris Canon. a concubinis J. Civ. revera differre. Adeoque concubinatus Jure Canon. permissus fere non differet a concubinatu Grotii, *de quo not. praced.* Quicquid tamen hujus sit, nobis sufficiat concubinatum omnem hodie Constitutionibus Imperii esse prohibitum. *Vid. Struv. d. l.*

XXV. Dirimitur matrimonium I. divortio, *quod unde dicatur*, *vide l. 2. pr. π. h. t. De eo egregie Seldenus in Uxor. Hebr. l. 3. c. 17. usque ad finem libri*, est vero viri & mulieris, *quo differt a re-*

repudio, quod non solum de uxore & marito: sed & de Sponsis di-tur. l. 191. de V. S. disjunctio, animo, *intervenientibus septem stibus (præter libertum, l. 9. h. t. e. remoto liberto a testimonio. iff. ad L. Iul. de adult. p. m. 152. vide Gothofred. in not. ad d. l. 9.) clarato,* constituendi perpetuam dissensionem, *vel, ut alii, scessionem, l. 3. π. h. t.* Fitque vel bona gratia, *utroque volente, ov. 22. c. 4.* vel alterutro invito, *legitimis tamen de causis.*

Divortii & Repudii differentia.

AD THES. XXV.

ROQVE VOLENTE] Moribus nostris quemadmodum sponsalia de præsenti mutuo dissensu solvi nequeunt *per d. ad th. 6. hic*, ita multo minus nuptiæ consummatæ, ne quidem quoad thorum & mensam, & cohabitationem, ob evitanda scilicet scandala. *Carpzov. lib. 1. Consist. def. 208.*

XXVI. Causæ Iure civili variæ fuerunt. *l. 8. π. & C. de di-rt. Nov. 22. cap. 4. & 5. Novell. 117. c. 8.* Hodie autem duæ tantum receptæ, adulterium. *c. præcepit dominus 19. c. 32. q. 5. c. dixit dominus 2. cum seqq. caus. 32. q. 1. c. significasti. 4. c. ex literis. X. de divort. l. 8. C. de rep.* & malitiosa desertio. *Nov. 22. c. 4. Corinth. 7. ubi Apostolus infideli a fideli descedente, pronunciat de-tum liberum a vinculo conjugii. Et ne speciale putes in infideli, ostolus non in infidelitate causam divortii ponit: sed in discessu, eoque in desertione.* Et his casibus non tantum dissolvitur con-ctio corporum, quæ separatio, quoad torum & mensam, Canonistis itur: Sed & animorum, ita ut parti innocenti integrum sit, aliam quærere conditionem. Beust. de matrim. c. 24. Hachelm. il. disp. 14 th. 11. arg. c. perlatum 8. X. qui fil. leg. Dissentiunt Ca-istæ, quibus respondit Beza de repudio. p. 157. & Borcholt. de d. p. 132.*

Duæ causæ divortii hodie receptæ. Adulterium, Malitiosa desertio.

AD THES. XXVI.

LITIOSA DESERTIO] Ductu *1. Cor. 7. v. 15. Vide latius Carpzov. onsist. lib. 2. d. 191. ubi n. 10.* præsentem Apostoli locum cum doctrina Christi *Matth. 5. v. 31. & cap. 19. v. 9.* conciliat: distinguendo inter malitiose deserentem & innocenter desertam, *add. Dn. Struv. exerc. 30. th. 41.*

ARATIO QVOAD THORUM ET MENSAM] Hæc separatio nostris quidem moribus haud est incognita, vide de ejus essentia, causis, effectibus atque contrariis *Carpz. d. l. 2. def. 210. usque ad 221. Conf. Dn. Struv.*

Struv. d. exerc. 30. th. 43. In hoc saltem discrepantia est, quod in adulterio & malitiosa desertione major dissolutio interveniat.

PARTI INNOCENTI] Imo & quandoque nocenti, præsuppositis iis, quæ habet Carpz. *d. l. n. def. 191.* Quamvis hic expresse dissentiat Jus Canon. *cap. litteris, 12. X. de præsumt. can. quadaer cum fratre, c. si quis viduam, can. qui dormierit, can. concubuisti, c. si quis cum noverca caus. 32. qu. 7.*

QVIBUS RESPONDET] *Adde Carpz. prax. Crim. qu. 63. n. 18. & seqq.*

XXVII. Deinde solvitur matrimonium morte. *l. 1. π. de divort. ita ut superstes possit secundas nuptias contrahere. c. 1. C. de sec. nupt. Sed hæ secundæ nuptiæ vel fiunt intra annum luctus, vel post: intra annum, seu duodecim menses a morte mariti vidua nubens, fit infamis. l. 1. C. de sec. nupt. ratio prohibitionis est turbatio sanguinis. l. 11. §. 1. π. de his, qui not. inf. & generationis incertitudo, l. 53. §. ult. C. de Ep. & Cl. Sed Iure Canonico infamia est remissa & recte, secundum Apost. 1. Cor. 7. v. 39. Donell. 13. 19.* & amittit præterea omnia lucra quæsitaque a priori conjuge, hæreditates, tam ex testamento, quam ab intestato, legata & honoraria. l. 1. & 2. C. de sec. nupt. vide Dn. Carpz. def. for. 4. 21. 10. Post annum vero luctus nubens omne id, quod a defuncto pervenit ad superstitem transmittitur ad liberos prioris matrimonii, solo usufructu retento. L. fœmina, 3. C. d. t. Nec plus ad novum conjugem transit, sive per testamentum, sive per ultimam voluntatem, quam manet penes quemvis liberorum. l. hac edictali. 6. C. h. t. Mater tutelam liberorum amittit, & si tutorem liberis non petit, aut reddit rationem tutelæ, incurrit omnes pœnas, quas intra annum luctus nubens. Nec liberorum educatio ei permittitur. Nov. 22.*

Vidua nubens intra annum, fit infamis jure civili.
Secus Iure Canon.

AD THES. XXVII.

TURBATIO SANGVINIS] *Et marito debitus honor*, quæ rationes non separandæ, sed conjungendæ. Nam ea, quæ peperit intra annum luctus, nubere nequit, *Vid. omnino Hahn. ad VVesenb. tit. de his, qui not. inf. n. 5. fol. m. 218. Eckolt. ad d. tit. §. 8.* Turbatio tamen sanguinis est causa principalis, quia Princeps circa posteriorem quidem dispensare potest, non ita circa priorem. *Brunnem. in repet. parat. VVesenb. tit. eod. qu. 16. Conf. Carpz. lib. 2. def. 163.*

IURE CANONICO) Quod etiam sequuntur mores Germanorum, *Eckolt. d. l. & omnino Dn. Schilter. exerc. 10. th. 39.* Quamvis & hæc dispositio ad eum casum non sit extendenda, si ex priori marito uterum adhuc gerat vidua, ob turpi-

cupiditatem naturalem. *Conf. Brunnem. ad lib. 2. C. de secund. nupt. n. 2c.* In Saxonia tamen adhuc annus luctus stricte observatur. *Carpz. l. 2. Consist. def. 159.* nisi dispensatio fuerit impetrata a Consistorio supremo. *Carpz. d. l. def. 161.* Puto tamen nihilominus infamiam de jure Saxon. cessare, cum de ea ibi nihil sit cautum.

POST ANNUM VERO] Et hæc moribus Saxon. videntur immutata, cum portio conjugum statutaria pleno jure apud conjugem superstitem ad secunda vota transeuntem maneat, & plus ad novum conjugem transferre possit, quam maneat apud aliquem liberorum prioris matrimonii.

ET SI TUTOREM LIBERIS NON PETIT] Apud Senatum Lipsiens. solent deputati ad causas pupillares injungere hæc matri ad secunda vota transire volenti, nec antea proclamationem publicam admittunt, aut consummationem per copulam sacerdotalem, donec vel novus tutor liberis constitutus, vel rationes redditæ, vel ratione utriusque cautio præstita.

XXIIX. Tertio solvitur captivitate. *d. l. 1. de divort. si alteruter in potestatem hostium devenit. l. 8. l. 12. §. 4. de capt. & postl. l. 56. ff. solut. mat. quia desinit liber & civis Rom. esse, nec jus postliminii locum habet. l. 8. π. l. 14. §. 1. de capt. & postl. nisi voluerit, & alteri nondum nupta. d. l. 8.* quod tamen est contra l. uxores. 6. ff. de divort. nec frustra putat Cujac. Nov. 22. & not. ad Inst. hanc legem esse Triboniani, non Iuliani. Verum tamen responderi poterit cum Duareno in h. tit. regulam esse, ut quamvis matrimonium solvatur captivitate, tamen persona, quæ remansit in civitate, non possit ad secundas nuptias transire. Exceptio: Nisi incertum sit, an captivus decesserit, nec ne. d. l. uxores de div. Quo casu si alium duxerit, & prior redierit, rem esse decidendam ex d. l. 8. de capt. & postl.* vel alia contingente servitute alterutrius eorum *d. l. 1. de divort.* Captivitate an & quat. solvatur matrimonium. Item Servitute?

AE THES. XXIIX.

CAPTIVITATE] Hodie certe inter populos Europæos, servitute sublata, non tollitur captivitate conjugium, nec si aliquis, ut puto, a Turcis captus servitutem serviat. Neque enim hic admitti arbitror conjugem alterum ad secunda vota, donec de morte capti constet.

XXIX. Quid vero circa deportatos habendum? *Certe nuptiæ inter cives Rom. contrahuntur. Ergo consequens huic, ut amissa civitate matrimonium solvatur, quod expresse adserit l. 56. sol. mat. Cui tamen contradicit l. 13. §. 1. π. de don. int. vir. & ux. l. 5. §. 1. de Bon. dam. Cujac. respondet, solvi matrimonium jure Quiri-* An deportatione?

 tium,

rium, non solvi Iure Gentium; quod refutat Ant. Fab. tit. 9. Iurispr. III. 2. Cujus sententia accedo, nempe matrimonium solvitur barbarus, qua divortio nullo opus est; Sed nuda conjugis voluntate. Ut dissolutum perinde intelligatur, ac si divortium intercessisset. Caeterum si vir mariti adfectionem, mulier uxoris animum retinere velit, non dissolvitur. l. 1. C. de repud. l. 5. §. 1. de Bon. damn. Vide Amayam, 1. Obs. 12. n. 16.

AD THES. XXIX.

CIRCA DEPORTATOS] Hodie cum & peregrini ad conjugia admittantur, nec deportatio, aut, quae hodie eam imitari dicitur, fustigatio cum perpetua relegatione, vinculum conjugii solvit. *adde Carpz. lib. 2. Consist. def. 115.*

DISSERTATIO III.

De

Dote, Donatione propter nuptias & inter vir. & uxor.

RESPONDENTE

IOH. GEORGIO SIMONE, HALL. SAX.

APHORISMUS I.

Vox Dotis ambigua.

CONSTITUTO ita matrimonio accedunt Dos, *quae vox quandoque significat σχέσιν illam, quae rem dotalem efficit, interdum titulum, seu causam transferendi, aliquando subjectum, quod datur.* Et donatio propter nuptias.

Dos quid?

II. Dos, *a nobis hoc loco considerata, quatenus est subjectum ipsa constitutione in dotem quasi animatum. Significat enim totum quid: sicut animal significat integram substantiam animatam,* est patrimonium, *l. 3. §. 5. de Minor. l. 16. de Rel. & sumt. quia denotat universitatem quandam rerum multarum & diversarum in dotem datarum.*

Dos cur dicatur patrimonium?

Tum quia fructus dotem augentes doti computantur, quo respectu res singularis dici non potest, ut quidam definiunt. Neque tamen jus est, a re abstractum, quatenus a muliere, vel alio datur, & a marito accipitur. Vide aph. 12. vel substan-

stantia rerum, *quemadmodum substantia pro universitate rerum accipitur, l. 51. de pet. her. l. 3. §. 5. ff. de contr. tut. act. & alibi.* nomine uxoris in maritum translatarum ad sustinenda matrimonii onera.

III. Constituit eam aut mulier ipsa. *Ulp. frag. pr. tit. 6. l. 1. C. de dot. l. 1. l. 4. l. 16 l. 28. C. h.* quæ sui juris est.* aut alius, isque vel pater, vel extraneus. Illa, *siquidem a patre ut patre, l. 5. §. 6. π. h. t. vel alio, intuitu Patris d. l. 5. §. 2. h. t.* dicitur profectitia. *d. l. 5. pr. Profectitia ergo non est, si pater alio dotem promittente non ut pater fide jubeat, quamvis a reo id, quod solvit, servare nequeat. l. 5. §. 6. & si pater dotis constituendæ causa hæreditatem, vel legatum repudiaverit, quia nihil erogavit de suo: sed non adquisivit. d. l. 5. §. 5. aut si heres existat nuptias demum ei, qui pro filia dotem promisit. d. l. §. ult. in fin. aut certam quantitatem dono acceperit, quam pro filia constituat dotalem. d. l. 5. §. 9.* Hæc vero adventitia. *Ulp. d. l.*

Dos profectitia.

IV. Itaque pater, *vel avus paternus l. 6. π. de coll.* filiam, *vel neptem*, in potestate constitutam dotat, *necessario, ut & officio judicis cogatur. l. 19. de R. N. l. fin. §. neque enim. C. de dot. promiss. Hinc si filiusf. mutuam pecuniam acceperit, ut eam pro dote sororis daret, pater actione de in rem verso tenetur, per l. 17. ff. ad SCt. Mac. d. nisi forte ex bonis propriis se exhibere & dotare possit arg. l. 22. §. pen. in fin. π. ad SCt. Treb. arg. l. 9. de in rem vers. & ducto argumento a liberis, quibus alimenta parentes præstare non coguntur, si seipsos exhibere valeant. l. ult. §. 5. ibi: si inopia ex utraque parte vertitur. C. de bon. quæ lib. l. 5. §. 7. 10. 13. 15. de agnosc. & alim. lib. Si tamen Sponsus puella sola semel contentus fuerit, postea ad dotem posse cogere patrem non videtur. Ut enim cogatur, facit, quo magis honestam conditionem filia inveniat. Qua inventa, ratio coactionis cessat.* Ut & Curator adultam, *pro modo facultatum ejus, & dignitate mariti. l. quaro. 60. h. t. l. cum pact. 43. §. 2. de adm. tut.* Emancipatam vero *l. 5. §. 12. l. 51. π. h. t. l. 44. pr. eod. & multo magis* naturalem *l. 41. §. 11. π. de leg. 3. & quia is demum pater, quem justæ nuptiæ demonstrant: nec pater naturalis poscit donare filio.*

Pater filiam dotat.

Curator adultam.

filio. l. 1. C. de nat. lib. Igitur nec dotare filiam, cum filia dicatur habere lucrativum titulum in causa dotis. l. ex promissione. 19. ff. de O. & A. l. fin. §. si a socero ff. Quæ infr. cred. (nisi forte & illa & ista ita sint inopes, ne conditionem invenire possint, ut Magistratus officio cogi pater possit. arg. l. 2. π. de I. dot.) ut eam, quæ sine consensu patris, *quamvis alioquin digno*, nupsit, dotare non tenetur. *Quia hoc casu nullæ nuptiæ, nulla dos. &c. l. 11. de St. hom. §. 12. Inst. de nupt.*

AD DISSERTAT. III.

AD THES. IV.

NISI FORTE EX BONIS PROPRIIS] Dissentit Perez. *ad C. de dot. prom. n. 8.* tum per *l. ult. §. neque enim C. de dot. prom. verb. paternum officium,* tum arg. legitimæ, quæ etiam debetur filiæ diviti *l. 29. C. de inofficios.* Sed Resp. ad (1.) non omne officium paternum esse de necessitate, & quamvis *d. l. ult.* loquatur de filia, quæ bona materna habuit, non tamen tractat casum; an pater cogatur dotare filiam? sed: an, si dotaverit, præsumatur ex propriis, an vero ex maternis bonis dotasse? Ad (2) respondeo a legitimæ collatione post mortem ad dotis dationem inter vivos N. V. C.

Dos adventitia.

V. Dos adventitia voluntaria est. Unde nec mater filiam, *nisi ex magna & probabili, vel lege specialiter expressa caussa. l. 14. C. de I. dot.* nec avus maternus neptem, *l. 45. Sol. matr.* neque filius matrem. *l. 13. §. 2. π. de admin. tut.* nec frater sororem dotare cogendus est *l. cum plures. 12. §. 3. in fin. de adm. tut.* *aliud videtur in consanguinea. Vid. Bach. ad Tr. hic th. 2. lit. F. G. Sed magis tamen est, ut ne teneatur. Quia nulla ratio cogit fratrem præstare, quod utiliter tutor impensis ipsius imputare potest.*

Frater sororem dotare non cogitur.

Dos vel vera vel putativa.

VI. Utraque, *tam profectitia, quam adventitia*, interdum est dos vera, quæ matrimonio justo & legitimo, vel putativa, quæ injusto & illegitimo accedit. *l. 22. §. fin. π. Sol. matr. l. 17. §. 1. π. de reb. aut jud. Gl. in l. dotale, verbo, præstaretur. π. de Fun. DOt. quæ hactenus pro dote censetur, quæ privilegia habet sui repetendi, non minus atque legitima, ubi nihil ex parte fœminæ peccatum est.*

AD THES. VI.

PECCATUM EST] *Vide l. 22. §. fin. ff. sol. matrim.*

VII.

VII. Dari in dotem possunt omnes res in commercio, *tam corporales, quam incorporales. l. 7. §. 2. & 3. l. 66. de I. dot. ut creditum, seu nomen. l. si mulier. 77. h. t. quo maritus patri tenebatur, quo casu maritus liberatur ab usuris solvendis. d. l. 77 mobiles & immobiles*, tam propriæ, quam alienæ. *l. 6. §. 1. h. t. l. 11. Sol. matr. nempe ut usucapiendi conditio in maritum transferatur. t. t. ff. pro dote. Quamvis dominus non impediatur jus suum prosequi. l. 34. l. 67. π. de I. dot. evicta autem dote succurritur marito per actionem contra dantem. l. mater. 43. l. Proculus. 67. h. t. nisi sciens acceperit. l. si a matre. 13. C. h. Non autem res aliena demum in casu consumtionis, vel usucapionis fit dotalis: Verum ipsa traditione. Nec officiunt l. 81. h. t. & l. 13. §. 2. π. de Fun. Dot.* Etiam bona universa. *l. mulier. 72. h. t. l. 4. C. eod.* * quantumvis adjecto pacto de lucranda dote. Vide Bacch. in Treut. thes. 4. lit. E.* * *qua in dubio tamen data non præsumuntur. l. 27. π. h. t. & l. C. eod.*

Dari in dotem possunt omnes res in commercio.

Item bona universa.

AD THES. VII.

NEC OFFICIUNT] Resp. enim *ad l. 81.* Nummi per consumtionem non demum dos sunt, sed fiunt dos profectitia: *Ad l. 13. §. 2. de fund. dot.* resp. in ea lege sub voce dominii etiam comprehendi h. s. possessionem, quæ instar dominii est.

ETIAM BONA UNIVERSA] Neque restituitur mulier, si in minori ætate consensu Curatoris universa bona in dotem dederit, cum læsa non sit, quæ jure communi utitur *l. 18. C. de J. dot. & l. ult. C. de in integ. restit. N. O. l. 1. C. si adv. dot.* non enim restituitur minor ideo, quod omnia bona in dotem dederit, sed quia tendebat dotis datio in prejudicium legitimæ liberorum, neque maritus erat tanta dote dignus. *Vid. Perez. ad Cod. de J. dot. n. 10. 11.*

VIII. *Quid* in feudo *obtineat, non immerito quæritur: Et* posse etiam constitui dotem putamus, siquidem illud (1.) sit fœmineum. *Nam a patre, vel extraneo fieri non potest. 2. feud. 19. §. 1. tum quod plenissimum jus utendi transit in maritum, tum quod propter impensas necessarias jus aliquod in eo maritus sibi vindicare possit.* (2.) inæstimato videtur, *quoniam rerum æstimatarum pretium soluto matrimonio repetitur, quia vendita quodammodo videntur. l. 11. cum ll. seqq. h. t.* (3.) non apposito pacto de lucranda dote. *Quia alienatio feudi, non consentiente domino, illicita.*

An in feudo dos constitui queat?

AD

AD THES. IIX.

FIERI NON POTEST] *l*. F. 9. §. 1. Scilicet fine consensu Domini *Vid. Dn. Strub. Syntag. Jur. F. c. 13. §. 6.* ubi totam hanc quæstionem diserte explicat.

Si quid extra pecuniam in dotem datum, id est vel æstimatum vel inæstimatum. Æstimatæ res quot modis traduntur?

IX. Si quid vero extra pecuniam in dotem datur, id vel æstimatum datur, vel inæstimatum. *l. 10 pr. §. 1. 4. 5. 6. l. 11. l. 12. pr. §. 1. l 14 l. 15. l. 16. l. 17. §. 1. l. 18. l. 25. & c. π. de pact. dot. l. 11. l. ult. §. 1. π. de fun Dot.* proprie tamen res dotales sunt, quæ inæstimatæ in dotem dantur. *l. 1. §. 9. & §. 15. π. de fund. dot l. un. C. de R. U. A.* Æstimatæ res duobus modis traduntur, primo, ut inter dantem & accipientem vera contrahatur emtio-venditio, *nec refert, an id exprimatur, necne. l. 10. §. 4. 5. l. 16. de I. dot. l. 50. Sol. mat. l. 69. §. 7. h. hinc re dotali evicta datur actio ex emto. l. 1. C. de I. dot* Alter modus est, si convenerit, ut res eodem pretio restituantur. *Quo convento res ipsæ, si adhuc exstent, restituantur, non pretia earum. Quod si res non exstent, tum earum pretia, quibus initio fuerunt æstimata, eodem modo solvenda sunt. l. ult. pr. de pact. dot. l. 21. C. h. l. 50. l 66 §. 3 Sol. mat. l. 18. h. & tum venditio non est contracta, quia contra naturam est, rem restitui. l. 13. §. 20. de act. emt. l. 8. C. de contr. emt. l. 12. C. de R. V.*

Dos constituitur vel promittitur. Quot modis constituitur?

X. Dos vel constituitur *actu ipso*, vel nude promittitur. Constituitur ultima voluntate, testamento. *l. 48. §. 1. de Iur. dot. l. 71. §. 3. π. de cond. & demonstr. l. qui filium, 4 ff ubi pup. educ. * codicillis, & mortis causa donatione. l. 76.* vel inter vivos traditione, *sive vera. l 46. h. sive ficta, ut cautione, l 3. §. si iter. ff. de act. emt. patientia. l. 3. π. de usufr acceptilatione. l. 41. §. 2. l. 43. §. 1. h. de legatione. d. l. 41. §. 3. l. 40. sol. matr. cessione. l. 2. C. de O. & A debiti remissione. l. 58. §. 1. l 59 l. 77. h.*

Singularis species proponitur.

Qui l. si quis res tradiderit Titio futuro marito, ea condicione, ut secutis nuptiis dos efficiantur; ante nuptias autem donator moriatur, an postea nuptiis secutis dominium transferetur in maritum? Negat Ulpianus l si ego. 9. §. si res ff de jure dot. sed remanere penes heredem defuncti, qui cogatur consentire, ut dominium in maritum transferatur. Sane ne vivente donatore dominium transeat in donatarium, facit conditio, qua pendente dominium nequit transferri. Neque post mortem donato-

mitoris potest, quia tunc incipit dominium discedere à donatore, & esse hæredis, quo invito ad donatarium pervenire nequit. Cur cogitur ergo consentire? Triboniani decisionem esse ait A. Fab. 8. conj. 9. & dec. 45. err. 3. n. 3. Sed dotis favorem omnino obtinuisse contra juris stricti rationem, tenendum est. Vide Amayam 2. obs. 4. n. 44. Promittitur stipulatione. *l. 20. h.* vel nuda conventione, *quæ non quidem contractus: sed pactum tamen est, lege confirmatum, actionem pariens. l. 6. C. de dot. promiss. l. un. pr. C. de R. V. A. Sed quid, si dos indefinite promissa? Negat competere actionem Alexander Imperator l. 1. C. de dot. promiss. sed contradicere videtur l. 69. §. 4. ff. h. t. Distingue: Aut dos indefinite promissa est, adjecto arbitrio, ubi, si arbitrium fuerit secutum, valet promissio: Aut nulla facta mentio arbitri, & subdistinguitur, inter promittentem patrem & mulierem ipsam; de Patre ita indefinita promissio valet, quia cum teneatur dotare, etiamsi non promiserit, frustra moras nectit excipiendo, se incertum quid promisisse: Mulier autem vel extraneus non tenentur, quia matrimonium etiam sine dote potest subsistere. In muliere autem nulla est promissio propter incertitudinem. l. 1. C. d. t. Conan. 8. c. 9. Cujac. recit. C. d. t. Et in Papin. ad l. cum post. 69. §. 4. ff. h. t. Duar. anniv. 1. 56. Harmenop. lib. 4. c. 8. Fachin. 8. Controv. 75. Vide Ant. Fabr. in Codice suo lib. 5. tit. 6. defin. 2.*

Quot modis dos promittitur? Quid juris, si dos indefinite promissa?

AD THES. X.

SED DOTIS FAVOREM] Cui accedit, quod æquum sit, ut hæres voluntatem defuncti adimpleat.

XI. Doti ita constitutæ pacta solent adjici. *l. 1. & s. c. de pact. dot. l. 10. C. de pact.* Quæ quatenus ipsam dotem ejusque repetitionem respiciunt, valent omnimodo. *Sic ex pacto dos datur æstimata, quandoque inæstimata. Æstimata, nempe designato rerum pretio, quod fit in eum finem, ut dos periculo mariti sit, cum alias ejus inæstimata data periculum ad mulierem spectet. l. 11. C. de pact. l. cum dotem. 10. de I. dot. l. 24. §. sive autem. ff. sol. mat.* Secus atque si de futura successione agant, etiamsi sint reciproca. *l. ult. ff. de Suis & Leg. l. 3. C. de collat. l. 15. & l. 19. C. de pact. Quia lege tantum, vel testamento hereditates transferuntur.* * *Sed secus tamen & moribus nostris valent, ita ut non solum coram quinque testi-*

Doti constituta pacta solent adjici.

An pacta de futura successione valeant? Neg. & quare?

testibus facta, instar ultimarum voluntatum subsistant: Verum etiam ut quævis aliæ voluntates ultimæ etiam invita & ignorante parte altera revocari queant.

AD THES. XI.

UT DOS PERICULO] Scil. si data sit æstimato venditionis gratia. *Adde Carpz. P. III. c. 42. d. pen.*

REVOCARI QUEANT] Circa materiam pactorum dotalium vid. *omnino Carpz. P. II. const. 43. def. 1. & multis sequentibus, ubi def. 11.* docet, revocari non posse, altera parte invita, pacta dotalia per modum contractus inter vivos celebrata. *Adde Dn. Strub. exerc. 30. th. 19.*

Marito quæ actio pro dote petenda competat? Competit condictio ex lege.

XII. Deinde & actio marito pro petenda ea civilis ex stipulatu competit, ut & jus tacitæ hypothecæ in ejus bonis, qui promisit dotem, sed sine prælatione. *d. l. un. C. de R. V. A. § 1. Wesenb. h. t. π. n. 6. Sed & condictio ex lege. l. 6. ff. de pact. juncta. l. 6. C. de dot. promiss. l. un. ff. de condict. ex lege. Dissentit Conan. 5. Com. 3. & Donell. ad l. 10. C. de pact. n. 11. qui putant, hanc esse conventionem cum causa. Quos refutat Bacch. comment. ad πεῶτ. de pact. legit. n. 5.*

Post traditionem, dominium rei dotalis maritus consequitur. Qui & habet rei vindicationem.

XIII. Ita traditione rei dotalis facta, dominium rei dotalis, *non nudi juris* maritus consequitur. *Dos enim nihil aliud est, quam res dotales, prout totum non differt a suis partibus: sed secundum juris fictionem fit corpus imaginarium, quod veluti persona quadam sub se contineat res illas dotales. Fr. Amaya 1. obs. 1. n. 35. Habet maritus ipsius REI vindicationem. l. 9. C. de R. V. Etiam contra ipsam mulierem. l. 24. Rer. Am. RES in dotem data mariti efficitur. l. 7. §. si res. 3. π. de I. dot. furtiva quoque utitur condictione. d. l. 24. tenentur bona dotalia fisco, si vir ex causa primipili debeat. l. 3. C. de primip. l. 4. C. in quib. caus. pig. ut & reliquorum munerum & onerum municipalium nomine. arg. l. 3. C. ne uxor pro marito. Potest, si solvendo non sit manumittere servum dotalem. l. 21. de manum. & servus dotalis heres institutus jussu mariti hereditatem vel adire, vel repudiare debet periculo viri. l. 58. Sol. matr. Mulier constante matrimonio neque dotem petere, neque rem vindicare potest. l. 9. C. de de R. V. l. 5. C. de collat. REI dominium marito quaritur. l. 13. §. 2. de FunDOt. l. 23. C. h. t. Dotis datione dominium ma-*

G

Digitized by Google

atur. l. quoties 47. §. ult. ff. de pec. causa dotis habilis est ad transferendum dominium non secus atque venditio, permutatio, legatum. §. 41. Inst. de Rer. div. in fin. Quare, quin maritus sit rei dotalis et est dotalis dominus, non est dubium, nec mulier ejusdem, hac eadem scilicet ratione, domina usquam asseritur. Est itaque domina, ejusdem rei, sed non eadem ratione, verum naturaliter. l. 30. C. de jur. dot. secundum naturalem rei rationem, non χτίσιν a jure impositam. Uxor corporis, maritus dotis, quæ oppositio probatur cum aliis, tum l. 5. pr. ff. de imp. in rem dot. ibi: non corporum, sed dotis; Et loquitur de deminutione ejusdem subjecti, diversas tamen χτίσεις habente.* Non obstat l. 30. C. h. t.* & fructus pro oneribus matrimonii lucratur. l. pro oneribus. 20. C. h. t. l. dotis. 7. h. t. Helgius. p. 130. n. 28. Fructuum autem nomine venit quidquid renascitur. Itaque thesaurus inventus a marito in fundo dotali pro dimidio cedit marito. l. divortio. 8. sol. matr. Nec arbores, nisi caduæ d. l. 8. §. si fundum; nec marmor, si non renascitur, in fructu sunt. l. ult. pr. ff. de fund. vide tamen l. 7. §. si vir. 13. ff. de sol. matr.

Causa dotis habilis ad transferendum dominium.

Quo sensu mulier domina dotis?

Maritus fructus dotis lucratur.

AD THES. XIII.

NON OBSTAT. L. XXX. C. H. T.] Ad quam etiam respondere solent, quod uxor dicatur naturale dominium habere ob spem, quod soluto matrimonio ipso jure dominium reversurum sit ad istam. *Adde Dn. Struv. exerc. 30. th. 13.*

XIV. Sed & alienare res mobiles, *licet pretiosæ sint, & servari possint*, non prohibetur. *l. 7. §. 2. de Suis. & L. l. 3. C. h. t. l. 1. & t. C. de serv. pig.* Immobiles vero nec alienare, nisi dos æstimato data sit, *l. un. §. 9. in f. & §. 15. vers. licet. n. C. de rei ux. act. t. & 10. C. de jur. dot. l. 10. §. 4. l. 44. cum seq. ff. eod.* nec obligare, *vel consentiente muliere*, potest. *pr. Inst. Quib. al. licet, vel non. t. & t. t. ff. de F. dot. l. un. §. ult. C. de R. V. A.* * *etiamsi mulier post biennium semel atque iterum consenserit. Quia alienatio ipso jure cum sit nulla, mulieris consensus quidquam contra leges posse non videtur. Secus ex Jure Canonico, si uxor jurato consenserit, quum istiusmodi juramenta in alterius præjudicium non redundent, nec observata vergant in dispendium salutis æternæ. c. cum contingat. 28. X. de jurejur.*

Maritus alienare potest res dotales mobiles.

Immobiles non item.

Sed an obligare has potest?

AD THES. XIV.

RES MOBILES] Quibus æquiparantur nomina in dotem data per ea, quæ habet Mev. *P. VII. dec. 118.*

SECUS EST J. CANON.] Moribus Saxonicis maritus res dotales immobiles, consensu uxoris ejusque Curatoris, ac præterea accedente Magistratus decreto, alienare potest, imo & eas oppignorare, si debito modo renunciatum fuerit beneficio SCti Vell. per ea, quæ allegantur a Struv. exerc. 30. th. 22.

Soluto matrimonio, an dos restituenda? Fructus ultimi anni dividuntur pro rata temporis. Explicatur l. 7. §. 1. sol. matr.

XV. Soluto matrimonio dos exspirat. *l. 3. ff. de J. dot.* & vel mulieri vel patri ejus restituenda est, *una cum fructibus, qui vel ante, vel post matrimonium percepti a marito fuere. l. 7. §. 1. & pass. sol. mat.* qui augent dotem. *Sed quæritur de divisione fructuum ultimi anni. Sane dividuntur pro rata ejus temporis, quo stetit matrimonium. l. 74. §. 2. vers. divortio. ff. de Iur. dot. Sed Negotium facessit Papinianus. l. 7. §. 1. sol. mat. in ea specie Kalendis Octobribus contrahitur matrimonium, datur vinea doti, eodemque tempore vindemia facta; Kalendis Novembribus locatur vinea; solvitur matrimonium fine Ianuarii. Stetit ergo matrimonium menses IV. locatio menses tres. Papinianus respondet, §. 1. vindemiæ fructus & quartam portionem mercedis instantis anni, nempe incipientis a Kal. Novemb. post vindemiam factam, confundi debere, ut ex ea pecunia tertia portio marito relinquatur. Cur tertia? Quia fructus novissimi anni dividi debent, pro rata temporis, quo matrimonium stetit, eo anno. Anni scilicet computatione facta non a die matrimonii, sed a die fructuum percipiendorum. At matrimonium stetit tertia parte anni, ab Octobri ad finem Januarii. Sint fructus vindemiæ 12. fl. Locatio vineæ itidem 12. fl. Duravit locatio tres menses, quarta scil. anni parte. Quarta ergo mercedis confundi debet, 3. fl. cum 12. fl. fructuum vindemiæ fient 15. fl. dividantur per numerum temporis, quo matrimonium stetit, qui est ⅓ anni prodibunt 5. fl. Nam ternarium in XV. habeo quinquies. Cujac. ad P. sent. 2. t. 22. & 4. F. 30. & 14. Obs. 22. & ad notas Marc. 9. Alii aliter explicant. Vide varias aliorum supputationes indicatas Treutl. p. 2. Disp. 7. th. 12. & Willg. Don. lib. 14. c. 7. D. Tim. Fabr. annot. lib. 1. c. XI.* impensis tamen necessariis marito salvis. *l. 5. & 9. ff. de Imp.*

Imp. in res dot. fac. Has enim ipso jure dotem minuere traditur l. 1. ff. de Imp. in res dot. l. 2. ff. de dot. praleg. l. convenire in f. ff. de pact. do. al. l. sing. §. taceat. C. de R. V. A. Ergone si corpus vel species aliqua n dote sit, desinet esse dotalis? Perplexa species, de qua nec veteres Cti l. 5. pr. ff. de Imp. in res dot. Nec Interpretes sibi satis faciunt. Vide Ulpianum ex Pomponio in d. l. 5. & Paulum ex Scavola & Ner a in l. si is qui 56. §. 3. ff. de Iur. dot. disputantes. Dicemus, quod orpus dotale, in quantum impensum est, desinat esse dotale, vel in... otum, vel pro parte indivisa, non ut fundus, aut ejus pars marito dquiratur, sed ut in detentione ejus tantisper sit, donec, restituta mpensa, ad dotis causam revertatur fundus: Paulus autem in d. l. 56. um negat partem fundi desinere dotalem esse, agat tantum de demi nutione, pro parte divisa. Quod si in quantitate dos consistat, ita eminuitur, ut maritus dominium adquirat, nec ipsa in causam do s unquam revertatur. Vide Masuum sing. op. lib. 2. c. 9. & seqq. ...iles autem impensas servat, non retentione pignoris loco, sed de... uctione, qua quod deducitur fit deducentis, reliquo restituto.

Impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt.

Quid si corpus vel species in dote sit? Res decidituɾ.

Quid dicendum de impensis utilibus?

AD THES. XV.

...NTE, VEL POST MATRIMONIUM] Scilicet post solutum; nam constante matrimonio percepti fructus ad maritum pertinet *l. 7. pr. l. 10. §. 3. de J. dot. Conf. Dn. Struv. d. exerc. 30. th. 51.*

...ICEMUS] Adde Dn. Struv. *d. exerc. 30. th. 60.*

XVI. Mulieri restituitur ea, quam vel ipsa dedit. *l. 2. sol. matr.* vel ejus nomine extraneus. *l. un. §. 13. C. de R. V. A. l. 9. in ... ff. de pact. conv. l. 22. pr. ff. sol. matr.* nisi aliter convenerit, *l. ... §. 13. C. de R. V. A. l. 31. §. 2. ff. de mor. cau. don.* aut ipsa culpa a divortio causam præbuerit. *l. 24. C. de I. dot. l. 8. §. 4. de ... pud.*

XVII. Profectitiam pater una cum filia, etiam emancipata, petit. *l. 2. §. 1. ff. sol. matr. quia cum emancipata dos data, profectitia fit. l. 5. §. pen. h. t. jus quoque commune dotis profectitia in obtinebit.* Adventitiam autem *filiaf. cum patre*, emancipata sola ... arbitrio petendi jus habet, *l. 22. π. sol. mat.*

XVIII. Mortua autem uxore, dos profectitia ad patrem ...it. *l. 6. pr. de Iure dot. l. 10. sol. matr.* * *Sed numquid liberis ex...*

An mortua uxore & extantibus liberis, penes ma-

strom dos profectitia remaneat?

iam relictis? quaestio jam olim inter Bulgarum & Martinum agitata, nobis adfirmanda videtur per l. 26. §. 2. de pact. dot. ubi per pactum demum efficitur, ut liberis superstitibus dos a marito retineatur. Ergo jure communi exstantibus liberis penes maritum dos non remansit. Adventitia jure veteri lucro mariti cedebat. *Vide Cujac. 9. obs. 4.* Jure novo in heredes uxoris transmitti videtur. *l. un. §. illo procul. 6. C. de R. V. A.*

AD THES. XIIX.

AFFIRMANDA VIDETUR] Ad textus obst. respondet Struv. *in Resolut. ad exerc. 30. th. 49.*

Ad repetendam dotem datur actio ex stipulatu contra maritum.

XIX. Datur ita ad repetendam dotem, *per mulierem, vel parentem ejus, (nempe soluto matrimonio: Constante vero eum demum, si maritus vergat ad inopiam. l. ult. 29. C. de I. 24. pr. solut. matr. Quid si mulier sciens obaerato nupsit? Disputatur εἰς ἑκάτερον. Affirmativa adstipulandum censeo. Vid. Gail. 2. obs. 84. num 5. sed hoc casu ulterius quaeritur, an mulier praelationis privilegio gaudeat? Negat Scabin. Lips. Carpz. p. 1. const. 28. def. 84. Et 4. Respons. 25. Quia mulier videtur mariti mores approbasse. l. promittendo. 41. §. si a debitore. ff. de Iure dot. l. inter causas 26. §. abesse. ff. Mandati. Iason. in l. si constante. 24. n. 170. sol. matrim. Adfirmat Ordo Iuridicus ibidem. Finckelthaus. Obs. 80. (Scabinis Lipsiensibus accedunt Ienenses.)* actio ex stipulatu *d. l. un. §. 1. & 2. cui jus tacitae hypothecae cum jure praelationis annexum est. l. un. §. 1. C. de R. V. A. l. fin. §. 1. C. qui pot. in pign. quo mulier omnibus mariti creditoribus, etiam expressam anteriorem habentibus, praefertur. l. fin. §. 1. C. qui pot. in. pig.* contra maritum, *aut parentem ejus. l. 15. §. ult. l. 16. ff. solut. mat.* Ita tamen, ne ultra quam facere possit, conveniri queat. *§. 37. Inst. de act. l. 12. π. sol. mat. quemadmodum nec fidejussorem pro dote conservanda dare cogitur. t. t. C ne fidej. dot. dent. Imo nec sponte mariti valide datur. Hering. de fidejuss. c. 6 n. 156. Gædd. de contr. & comm stip. c. 6 concl. 23 decl. 1. n. 166. Fach. 8. contr. c. 76. Hart. Pistor. obs. 35. Fab. Cod. ad tit. Ne fidejuss. vel mand. dot. dent.*

Maritus fidejussorem dare nec cogitur, nec potest.

AD THES. XIX.

NEGAT SCABINATUS LIPSIENSIS] Sustulit hanc litem Serenissimus *decis. noviss. 6* ubi, repudiata opinione negativa, affirmantem Facultatis Jurid. Lips. confirmavit. *Vid. Philip. ad d. decis. 6.*

ET-

TIAM EXPRESSAM ANTERIOREM] Quoad hanc quaest. tres esse opiniones tradit Fachin. *lib. 10. controvers. 35.* Alii enim putant cum Auctore, mulierem indistincte, ratione dotis omnibus creditoribus praeferri, etiam anteriorem expressam hypothecam habentibus, quos inter est ipse Fachin. *d. l.* Et pro hac sententia plures allegat Martini *ad Ord. proc. Sax. tit. 43. §. 1. n. 7. & seqq.* notatque hanc opinionem jure Lubecensi & in Camera Imp. observari. Alii statuunt solum praeferri mulierem anterioribus tacitam hypothecam habentibus, quos inter est Dn. Struv. cum aliis *exerc. 46. th. 43. & a Martini d. l. n. 9. alleg.* Alii denique distinguunt, an uxor expressam hypothecam sibi ratione dotis constitui curaverit, & tunc putant eam praeferri etiam iis, qui expressam anteriorem hypothecam habent, an saltem tacita hypotheca a legibus sibi indulta fuerit contenta, & tunc asserunt eam praeferri tantum tacitis hypothecariis omnibus. *Vid. iterum Fachin. d. l.* Nobis de sententiarum harum probabilitate non admodum sollicitis sufficiat de Jure Saxon. secundam sententiam a Sereniss. Elect. Saxon. fuisse approbatam *P. I. const. 18. Ord. proc. d. tit. 43. item P. I. const. 28. & dec. noviss. V. in pr.* ut scil. mulier, ratione dotis, praeferatur omnibus anteriorem tacitam hypothecam habentibus, modo nec [redacted] sint privilegiati *d. t. 43. §. pen.* wenn sie aber *sonst* der Zeit und Ordnung nach. Quam sententiam & in aliis provinciis observari docet Martini *d. l. n. 11. 12. 13. 14.* Quod si vero cum tacita anteriore, & expressa intermedia hypotheca concurrat dos mulieris postrema, eo casu utique vincet dos expressam illam, sibi quidem anteriorem, tacitae vero hypothecae anteriori posteriorem, per tradita Dd. *a Struv. d. exerc. 46. th. 43. & Mart. d. l. n. 15.* citatorum.

RO DOTE CONSERVANDA) Non pro dote restituenda, scil. vel soluto matrimonio, vel etiam, si ante matrimonium pactis dot. fidejussorem promisit: de his enim casibus non est quaestio, *Goedd. de contrah. & comm. stipul. c. 6. concl. 27. declarat. 1. n. 361. Groenw. de Leg. abrog. ad tit. Cod. ne fidejuss. dot. dentur;* sed in eo cardo controversiae consistit, an constante matrimonio fidejussor pro dote conservanda dari debeat, aut possit?

EC SPONTE MARITI] Quae opinio communis [redacted] *per tot. tit. Cod. ne fidej. dot. dentur. Vid. etiam Struv. exerc. 47. th. 39. Brunnem. ad d. tit. Cod.* & quamvis dissentiat Duarenus, *cujus verba refert Fachin. d. lib. 5. controv. c. 76.* Respondent tamen ipsi, & Fachin. *d. l.* & Goedd. *n. 366. seqq.* Limitat autem Groenw. *d. l.* hanc sententiam, nisi maritus, constante matrimonio, ad inopiam vergat, tunc enim recte ab eo fidejussorem dari posse, *conf. l. 29. C. de Jur. dot.*

XX. Doti respondet Donatio propter nuptias, quam maritus uxori in securitatem dotis facit. *Eoque nec dos, nec donatio P. N. insinuatione indigent, etsi 500. aureos excedant. Quia datur* ad

Donatio propter nuptias. Nec dos nec donatio P. N. insinuatione eget.

ad modum dotis, quæ quia insinuationem non desiderat, ideo nec hæc. Intelligendum id verò ex parte mulieris, ut lucretur donationem, etsi non insinuatam. d. Nov. 127. c. 2. Eget tamen insinuatione ex parte viri, ut is lucrum capere possit pro rata donationis ex dote. Nov. 127. Julianus Antecessor hic. Gudelin. de jure noviss. lib. 1. c. 8. §. sed utrum donationis. Ea veteribus ICtis incognita. §. 3. Inst. de don. a junioribus Principibus (Quibus? Aurelio Diocletiano & Maximiano, secundum Æmil. Ferretum ad tit. Inst. de donat. Constantino vero & sequentibus, secundum Contium) introducta, doti exæquata est, *d. § 3. Nov 79 c. 1.* ut iisdem in rebus, & eadem quantitate, iisdemque conditionibus possit constitui, & constante matrimonio simul augeri. *d. Nov 97, Dominium tamen eius in uxorem non transire, verius videtur. Quia hoc ipso, quod hypothecam in his rebus habet mulier, dominium habere non potest. Et probari nequit, quod quidam ait, mulierem habere dominium jure singulari, hypothecam jure communi. (Quod de legatis, rebusque dotalibus æque, atque de donatis propter nuptias falsum est.) Et frustra interdixisset Iust. in Nov. 61. marito alienationem & oppignorationem, si dominus ipse amplius non esset. Diversa creditur esse sponsalitia largitas, quæ fit ob spem matrimonii a sponso eiusq; patre; raro a sponsa. l. si a sponso. 16. C. de don. ant. nupt. Sed pro iisdem habet Cujacius parat. Cod. de don. ante nupt. quod probat ibi Fabrottus.*

Iuniores Principes.

Dominium rei propter nuptias donatæ in uxorem non transit.

Sponsalitia largitas quid?

AD THES. XX.

QVOD QVIDAM AIT] Videtur Auctor innuere Hahnium, qui ab ipso dissentit *ad VVesenb. tit. de jure dot. n. 11.* Et hujus quoque opinio videtur verior, quia mulier vindicare potest res propter nuptias donatas a quibuscunque possessoribus *l. 29. C. de J. dot. accedente arg. § 3. & 4. Inst. de donat.* ubi inter modos acquirendi dominii refertur etiam donatio propter nuptias. Accedit exæquatio generalis dotis & donationis propter nuptias, quam agnoscit ipse Auctor, cujus argumenta duo in contrarium non stringunt. Non prius, utpote cum huic jam satisfecerit Hahn. *d. l.* data instantia a rebus legatis & dotalibus, quam non tollunt verba Auctoris parenthesi inclusa, instantiam istam falsitatis arguentia, quod non sufficit, cum potius Auctor respondere debuisset ad textus Hahnii, præprimis ad *l. 1. C. comm. de legat.* Nec posterius aliquid evincit: nam prohibita quippe rei alienatione ad ejusdem rei dominium N. V. C. ob plures iterum instantias, v. g. rei litigiosæ, cujus alie-

alienatio æque interdicta possessori, quamvis hic possit esse non dominus, item ipsius rei antidoralis, cujus alienatio uxori interdicitur *d. l. 29. C. de J. dot.* Aut igitur Auctor concedet nobis, ut argumento ipsius recento subsumamus de uxore, & habebimus, quod volumus, aut non concedet, & sic infirmitatem argumenti sui agnoscet ipse. *Adde Dn. Strub. exerc. 30. th. 36.*

L. SI A SPONSO XVI.] Adde *l. 15. C. eod.* & conf. quoad differentiam sponsalitiæ largitatis a donatione propter nuptias *Vinn. Comment. ad Instit. §. 3. de donat. n. 1. Noric. Addit. ad not. Vinn. d. §. 3.*

XXI. Nonnunquam in matrimonium incidit donatio inter conjuges, quæ, *etsi omnes alii contractus inter conjuges liciti sint, & quodvis negocium bona fide gestum. l. 7. §. 6. ff. h. t.* jure, *tam Can. c. fin. X. de don. int. V. & U. quam* civili regulariter prohibita est. *l. 1. 2. 3. §. 10. l. 5. §. ult. l. 52. §. 1. & passim. ff. de don. inter V. & U.* Ita tamen, ut, si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit, quæ separari non possit, donatio & ipsa valeat: *Si vero separari potest, cætera valent, donatio non valet. l. 5. §. 2. ff. hinc si marito mulier debet & extraneus alius, velut correi debendi, acceptilatio mulieri facta donationis causa prorsus nihil agit, neque quod ad correum: at correo facta prodest ei soli. Quia ejus causa potest separari a negotio cum muliere gesto, & acceptilatio in persona correi initium & substantiam capit. d. l. 5. §. 1. & seqq.*

Donatio inter conjuges utroque jure prohibita.

AD THES. XXI.

REGULARITER PROHIBITA EST] Excipitur tamen moribus nostris donatio judicialiter facta actisque insinuata, & quidem si ex parte uxoris Curatoris consensus affuerit. *Carpz. P. 2. c. 13. d. 16.*

XXII. Secus est, si negocium velandæ duntaxat donationi accedat, *ut si locatio donandi causa. l. 20. l. 46. loc. cond. l. 52. pr. h. societas. l. 32. §. 24. h. l. 5. §. ult. pro socio. l. 16. §. 1. de minor.* * *venditio d. l. 5. §. 5. d. l. 7. §. 6. h. l. 36. de contr. emt. contrahatur.* * *Si debitor conjugis jubentis promittat conjugi, non creditori. l. 3. §. 12. d. l. 5. §. 3. l. 39. h.* ubi neutrum valere potest.

XXIII. Illa autem donatio non valet, unde conjugum alter locupletior alter pauperior fit. *l si fructus. 8. C. de don. int. V. & U. c. nuper X. eod l. 5. §. 5. l. 7. pr. & §. 1. & seqq. l. 28. pr. h.* Unde reciproca *l. 7. §. 2. ff. h.* & remuneratoriæ valere videntur. *Dn. Carpzov. lib. 5. Resp. 65. n. 8. Et ita respondit olim collegium ICtor. Academ. Lips.*

Donationes remuneratoriæ valent.

Remuneratoria donatio non est, cum maritus in

compensatio- nem ætatis di- gnitatisve do- nat.

Lipf. valere remuneratoriam: sed usque ad summam æquivalentem, non item in eo quod excedat 24. Iulii, anno 1624. Vide Berlich. part. 1. decis. 91. n. 3. Pingiz. 99. Sax. 13. n. 38. Qualis non est, ubi maritus ignobilis aut senex uxori nobili, aut juvencula in compensationem ætatis dignitatisve donat. Quia contractis nuptiis non amplius attenditur qualitas fœminæ: Nec proportionem formæ, aut ætatis ad pecuniam jura nostra agnoscunt. Sic jure Saxonico, donatio Gerada etsi nec morte donantis uxoris confirmatur, si remuneratoria tamen est, & sit adhibitis solennibus Novella Augusti Electoris 14. p. 2. præscriptis, valet. Et ita pronunciarunt ICti Acad. Lips. d. 2. Nov ann. 1633.

AD THES. XXIII.

RECIPROCA ET REMUNERATORIA] Adde Carpz. *P. II. c. 13. d. 18.* quia scil. tunc neuter pauperior, aut locupletior, fit.

NON ITEM IN EO] Quod ipsum tamen limitat Carpz. *d. l. def. 8. n. 5. & 6.* ut magna tantum inæqualitas rerum donatarum donationem reciprocam vitiet; modicus autem excessus non statim simplicem faciat donationem (ob diversum, ut ego arbitror, rerum pretium) utpote cum parum, aut nihil, in jure æquiparentur. Facit huc *l. 31. §. 8. de donat. inter V. & U.*

QVALIS NON EST, UBI MARITUS IGNOBILIS] Scil. constante matrimonio, per ea, quæ habent Treutl. *Vol. II. disp. 10. th. 4. lit. b. ibique Bachovius, Fachin. lib. 3. controv. c. 8.* ubi recensent dissentientes, nulla alia ratione fundatos, quam *l. quod autem 7. §. si vir. 2. ff. de donat. inter V. & U.* qui textus tamen nihil probat. Aliud autem dicendum de dono illo, quod maritus uxori suæ in præmium amissæ virginitatis, ac vicissim interdum juveni vidua largitur, quodque Morgengabæ nomine venit. *Vid. Noric. addit. ad not. Vinn. §. 3 Inst. de donat.*

NOVELLA AUGUSTI 14.] Legendum 13. & Carpz. *in definit. ibid.* omnino consulendus.

XXIV. *Item valet donatio, si fiat in unguenta uxoris. l. 7. §. 1. h. in iter uxoris. l. 21. pr. sepulturæ causa. l. 5. §. 8. 9. 10. 11. 12. d. t. ut Deo dicetur, aut usui publico. l. 5. §. 12. ad veteres ædes incendio consumtas, reficiendas. l. 13. §. ult. cum seq. honoris aut dignitatis consequendæ causa. l. 40. cum ll. seqq. h. t. Si modicum detur xeniolum, aut natalitium munus. l. 31. §. 8. Si donetur res aliena. l. fin. possessa. l. 24. cum l. seq. h. habitatio. l. 8. h. aut usus jumentorum aliarumque rerum. d. l. 18. l. 53. §. 1. d. t. si mulier lana sua nomine viri faciat*

ve-

vestem. l. 31. §. 1. h. Et donatio inter Imperatorem & Augustam. l. pen. C. eod. & qui sunt casus similes.

AD THES. XXIV.

IN VNGVENTA VXORIS L. VII. §. 1. HIC] Ex quo textu etiam defendi potest sententia Dd. Saxonicorum, permittentium marito, ut uxori Geradæ nomine donet, de qua vid. Carpz. *d. P. II. const. 13. d. n.*

AVT NATALITIVM MVNVS] Intelligo, quod maritus donat uxori in die ejus natali. Huic simile est, quod ei donat in Festo Nativitatis Christi, zum H. Christ. *Carpz. d. l. def. 10.* Modo nec hæc sint immodica. *d. l. 31. §. 8. hic.*

XXV. Morte tamen donantis, *quæ alioquin non subsistunt*, donationes ejusmodi confirmantur. *l. 32. π. de donat. inter V. & U. Ita respondit Ordo ICtorum Lips. versus Mit Weidam, 14. Iulii, anno 1619. Vide Coler. decis. 12. n. 24. & decis. 286. n. 210. (Contrarium autem, non valere donationem, idem respondit d. 28. Iulii, anni 1625. perperam.) Sed dubium est, an ad hoc, ut morte confirmetur, oporteat traditionem esse factam? Contradicit enim sibi Ulpianus in l. Papinianus. 23. Et in l. stipulata 33. de donat int. V. & U. Dum enim dicit ille:* orationem Severi ad donationem pertinere; *intelligit donationem traditione perfectam. Quod arguit, oppositio donationis & stipulationis: Vide Covarr. rub. de testam. 3. p. n. 3. Connan. lib. 8. c. 11. P. Fab. in l. Divus. 28. de R. I. Trentacinq. lib. 2. pract. tit. de donat. resol. 6. n. 4. Scip. Gentil. de don. int. V. & U. lib. 3. c. 38. lib. 4. c. 18. Corras. 5. Misc. 1. Bronchorst. 2. aph. 7. A. Fab. 2. conj. 8. Et decad. 42. Err. 5. Schiferdek. 1. tract. 11. Conciliatio videtur hæc, quod regulam proponat Ulpian. in l. 23. Exceptionem in l. 33. quæ loquitur de annuo. Ratio specialitatis est, quod, etsi in annuo traditio non sit facta, tamen quia natura annui eam non recipit, pro facta traditio habeatur, si voluntas adsit conjugum & in ea decedat donator. Conf. Amayam, 2. obs. 10. n. 12. Porro confirmatur etiam deportatione, tanquam mortis genere. l. 13. §. 1. si modo mulier fidem conjugalem retineat. d. l. 13. §. 1. Exceptio: nisi donatarius donanti non supervixerit. l. 6. l. 20. C. eod. l. 8. de reb. dub. aut donans mortem sibi ob sceleris conscientiam consciverit, aut post mortem memoria ejus damnata sit. l. 32. §. 7. & 8.* Jure Canonico etiam inter vivos confirmari

Morte donantis donationes inter conjuges confirmantur.

An, ut donatio morte confirmetur; oporteat traditionem factam esse?

jurejurando Dd. volunt. *c. cum contingat. de jurej. Gail. 2. obs. 40.*

AD THES. XXV.

CONFIRMANTUR] Sed usque ad 500. solidos tantum, si judicialiter insinuata non fuerit. *Carpz. d. l. def. 15.*

PERPERAM] Vid. sententiam apud Carpz. *d. def. 15.*

TRADITIONEM ESSE FACTAM] Quicquid sit de Jure Digestorum, sufficit per *Nov. 162. cap. 1.* traditionem ad valorem hujus donationis morte confirmatæ non requiri. *Vid. Ritters h. Jus Justin. P. V. cap. 12.* Ut adeo mirer, *Carpzov. d. def. 15. num. 3.* Jus illud antiquum cum aliis sequi.

DEPORTATIONE] Habetur quidem *in l. 13. §. 1. hic* vox confirmationis, quod vero hæc non proprie accipienda sit, ostendit *l. 24. C. eod.*

Ex donatione inter conjuges possessio in accipientem non transit.

XXVI. Quamvis autem ex hac donatione, *in quibus casibus illa vetita*, possessio in accipientem non transeat traditione. *l. 1. §. ult. ff. pro don. l. 1. §. 4. de A. vel O. P.* quia qui accipit, mala fide possidet. *l. 19. pr. 26. h. l. 57. de A. R. D. l. 13. §. 1. l. 11. de her. pet. l. 44. h.* Tamen, *quia causam possidendi donatio præstat. l. 36. h. fit, ut honeste possessio adquisita videatur, adeo, ut si dubitetur, unde quid ad uxorem pervenerit, præsumatur ex bonis viri ad eam pervenisse, tanquam ex causa honesta. l. 51. h. l. 6. C. eod. ideoque* non eodem prorsus numero is, qui ex hac donatione possidet, quo alius m. f. possessor est. *Vide l. 15. §. 1. l. 16. l. 17. pr. h. l. 27. §. ult. de R. V.*

Nec dominium.

Donanti ad repetendum duplex actio datur.

Rei vindicatio & Actio ad exhibendum.

XXVII. Ex hac donatione dominium non transfertur in accipientem: sed manet apud donantem. *l. 3. §. 10. l. 5. pr. §. 9. l. 7. §. 8. C. eod.* & datur ei actio ad repetendum: Et rei vindicatio, *si res exstat. l. 5. §. ult. l. 33. § 1. l. 39. l. 55. h. Re vero consumta, condictio sine causa, aut ex injusta causa. d. l. 5. §. ult. cum l. seq. l. 33. §. 1. l. 39. h. t.* aut ad exhibendum, *si dolo ejus, cui donatum, res consumta sit. vide l. 37. h. Quæ actiones dantur donanti, non ejus heredibus, nisi ex pœnitentia ipsius donantis. l. 32. §. 2. & 4. h.*

DIS-

DISSERTATIO IV.

De
Legitimatione, Adoptione, & Modis, quibus P.P. solvitur.

RESPONDENTE
ADAMO ULRICO WALBERO, CULMB. FRANCO.

APHORISMUS I.

SEquitur altera patriæ potestatis causa, *Nuptiæ, ex post facto justa effecta, seu* Legitimatio. *§. fin. Instit. de nupt.* quæ est actus Legitimus, *lege introductus, solemnis*, quo liberi naturales legitimi efficiuntur. Legitimatio.

II. Naturales autem *considerantur vel in relatione ad patrem, vel matrem. Respectu matris, omnes etiam ex scorto & incestu nati, & vulgo quæsiti naturales dicuntur: Respectu vero patris sunt duum generum, vel suscepti in servitute. l. 88. §. 12. de leg. 2. l. 17. §. 4. π. ad SCt. Treb. l. 17. §. 1. π. quæ in fraud.* vel e concubina nati. *His vocabulum naturalium ante Constantinum non fuisse tributum, quidam Interpretes frustra sibi persuadent, A. Faber, Paleot. Ann. Robertus, alii, quos sequitur & Riemerus noster decade 2. q. ult confisi veteri translationi Novellæ 89. Nam τὸ τῶν νόθων ὄνομα ἐ διαπέδασο, non significat, vocabulum naturalium tum nondum in usu fuisse: Sed Nothorum a legis latoribus non habitam curam fuisse. Eleganter enim νόθων ὄνομα significat totum hominum naturalium genus, legibus antiquis neglectum. Heral. quæst. quot. pr. adj. n. 7. Quod autem ante Constantinum ex concubina suscepti hoc nomen tulerint, ostendit l. naturalis. 7. de conf. tut. quæ de naturali ex contubernio minus commode accipitur, quia servo tutor non datur. vide l. ult. C. de conf. tut. Eadem ratio est l. Lucius 45. de vulg. & pup. Dicebantur Græcis Imp. νόθοι, etsi apud veteres Græcos latius vox ista patet; Interdum & φυσικοὶ παῖδες.* Hodie ex consuetudine etiam spurii admittuntur. * *Ratio? quia omnis concubitus extra matrimonium illicitus. Nam qui patrem demonstrare non possunt, vel eum habent, quem* ha-

Naturales liberi.

Ex concubinatu nati etiam ante Constantinum dicti sunt naturales.

Spurii ex consuetudine legitimari possunt.

habere non licet, sunt spurii l. vulgo concepti. 23. ff. de St. hom. Atqui patrem habere non licet extra matrimonium. Ergo hodie omnes extra matrimonium nati sunt spurii. Sed tamen propterea Legitimatio ad vulgo quaesitos indifferenter non erat extendenda, & manet adhuc naturaliter differentia inter naturales & vulgo quaesitos. Quin quod in honorem introductum matrimonii, ut essent vetiti quicunque alii concubitus, hoc in contumeliam eidem cedit, legitimatione ad scortorum promiscuum semen extenta. Ei ita necessaria in Republ. Legitimatio non erat, ut, deficiente ejus objecto adaequato, quod erant naturales, propterea in eorum locum spurios oporteret surrogare, ne non fleret Legitimatio.

Adulterini & incestuosi liberi nec Principis autoritate legitimari possunt.

III. Adulterini autem & incestuosi nec hodie, *quia omni beneficio indigni. Nov. 74. c. ult.* quamlibet Principis autoritate, legitimari posse videntur. *Non enim facere potest Princeps, ut quis uxorem legitimam habens, & alteram habeat, polygamia jure divino prohibita: At legitimatio procedit ex juris fictione. Fingi autem nuptiae nequeunt, nisi inter personas, inter quas matrimonii jus est. Ad omnem enim fictionem requiritur possibilitas, ne fingatur, quod jure & facto impossibile. Bart. in. l. si is qui. 15. ff. de usuc. & ibi Jas. n. 187 Panorm. in c. tanta. n. 9. Gutirr. 2. pr. q. 105. n. 9. Ergo in foemina, quae potuit esse uxor, imo, quae jure civili sola animi destinatione ab uxore; jure autem naturali nihil distabat, recte subsistit legitimatio, qua in patriam potestatem redigantur, quibus nihil ad plenum jus liberorum, nisi haec potestas deerat.* Sed numquid Naturales ante Constantinum cives erant Romani? Negat A. Fab. Jurispr. Pap. tit. 9. pr. 11. Perperam. Poterat enim iis legari. l. Naturalis. 7. ff. de conf. tut. ubi tutor a patre naturali datus, sine inquisitione confirmatus non fuit, si testamento patris nihil ei relictum esset. At peregrini ex testamento non poterant capere. l. 1. C. de her. inst. l. 1. pr. ff. ad L. Falc. Iisque solis legari poterat, quibuscum testamenti factio. §. legari. Inst. de legat. Vide Paleott. de noth. & spur. c. 35. Herald. lib. 1. rer. quot. c. 1. & ante hunc Andr. Gerhard. Disput. de Testam. b. th. 19. & 20.*

An naturales, ante Constantinum, Cives Romani fuerint?

AD

AD DISSERTAT. IV.

AD THES. III.

QVAMLIBET PRINCIPIS AVCTORITATE] Videtur verior opinio Dn. Struvii *exerc. 3. th. 53.* Quod scil. & adulterini & incestuosi per singularem dispensationem, quod ipsorum personas attinet, absque præjudicio aliorum, a Principe legitimari possint, puta, [illegible] ad honores & dignitates admittantur. Neque hæc opinio aliquid iniqui fovet, cum liberis ipsis nihil imputari queat. Quod vero Auctor asserit: legitimationem procedere ex juris fictione, si per hoc intelligit; non nisi ex fictione juris legitimationem fieri posse, id ab ipso nondum probatum est, imo & aliquatenus hypothesi Auctoris contrariatur, utpote qui nuptias fictas non legitimatione, sed in adoptione quæsivit *supra diss. 2. th. 4. Conf. th. 1. & th. 14. hic.* Igitur quamvis demus Auctori: fingi nuptias non posse, nisi inter eas personas, inter quas matrimonii jus est (dicere voluit: *esse potest*) negabimus tamen iterum, eos solum liberos, quorum matres patri conjuges esse potuerunt, legitimari posse. Etenim differentia liberorum legitimorum & illegitimorum, abstrahendo a legibus civilibus, videtur quidem ab origine & causa efficiente, nuptiis scil. esse desumenda: at jure Romano, & quoad patriam potestatem, principaliter ab effectu potius petita est; nihilque aliud denotat, quam respectum ad certos juris civilis effectus, quibus legitimi gaudent, illegitimi vero destituuntur, unde tota legitimationis materia, tanquam meri juris positivi, subjecta est arbitrio Legislatoris, pro lubitu ab eo [illegible] augeri potest, & minui.

IV. Legitimationis tres modi perhibentur: Oblatio Curiæ. *l. 3. in pr. & vers. pen. C. de nat. lib.* Subsequens matrimonium. *l. 5. C. de nat. lib. l. 10. d. t.* Et Rescriptum Principis. *Nov. 74. c. 2.* quibus ex Nov. 117. c. 2. quidam addunt quartum, nominationem filii in testamento: sed ista per se non est modus legitimandi: sed facit duntaxat præsumtionem pro matrimonio, nempe ubi non constat matrem fuisse concubinam: Breviter; non inducit legitimationem: sed probat legitimitatem. Nam seculo illo fere pleraque matrimonia sine solennibus hodiernis, privatim, solo adfectu contrahi solebant.*

Legitimationis modi tres.

Nominatio filii in testamento per [illegible] non est modus legitimandi.

AD THES. IV.

QVIDAM ADDVNT QVARTVM] *Vid. Ludw. exerc. 11. th. 7. lit. c.*

VBI NON CONSTAT] Potius; ubi non constat concubinam fuisse in matremfamilias permutatam.

V. Oblatio curiæ fiebat, quando parens filium naturalem, *l. 3. C. de nat. lib.* vel, eo mortuo, filius seipsum, *l. 9. C. de nat.*

Oblatio Curiæ. Curia municipum quid?

nat. lib. curiæ municipum, *id est, corpori eorum, qui in consilio publico municipii, aut colonia erant, dicti Decuriones, quod ex his, qui missi in colonias erant, decima pars in consilium allegebatur. Sigon. de A. I. Ital. 2. c. 4. Erant autem municipia urbes Italia, quibus beneficii loco a Romanis jus militandi dabatur,* offerebat. *Cujus ratio erant onera curialium, ob qua Christiani inviti ad decurionatum vocabantur, Sozom. 1, 8. Sed hac oblatio non illico eis decurionatus honorem conferebat, sed conditioni curiali tantum obnoxios faciebat: Quemadmodum decuriones, & subjecti curia distinguuntur l. 55. C. de decur. Vide Merill. 8. obs. 26.* Aut filiam curiali in matrimonium elocabat. *Nov. 89. l. 3. in fin. C. de nat. lib.*

Municipia. Oblatio curiæ decurionatus honorem non illico conferebat. Decuriones & subjecti curiæ differunt.

VI. Sed hodie, *mutata conditione municipiorum & Decurionum,* hic modus exolevit, *secus atque Accurs. existimat, qui vel ignorantia veteris Reip. vel usu sui temporis curiam intelligit aulam Principis.* Cui adeo non recte vulgo imputatur, ac si sentiret surrogatam esse hodie oblationem Aula oblationi Curia veteri.* Alia res est de ingressu in monasterium, quam oblationi veteri successisse quidam volunt. Sed de hoc infra.*

Accurs. notatur, qui per curiam aulam Principis intelligit.

AD THES. VI.

SURROGATAM ESSE] Quam sententiam & Baldo tribuit Ludv. *d. lit. f.*
ALIA RES EST] Imo nec oblationem monasterii esse inter species legitimationis referendam, statuit Ludv. *exerc. 2. th. 7. lit. f* & duabus rationibus ostendit Hahn. *ad VVesenb. de his, qui sui, vel alien. jur. sunt n. 2. fol. m. 95.*

VII. Per subsequens autem matrimonium liberi ante nati legitimantur, quando parens mulierem sibi jungit matrimonio, *quia per matrimonium omne antecedens vitium purgatur, c. tanta. X. qui filii sint legit.* etiam in extremo mortis articulo, *quia consensus facit matrimonium, qui consensus non quidem ad præsens matrimonium pertinet: Quasi nunc demum incipiat esse matrimonium: sed testatur de affectione tamen, qua retro fuit, facitque præsumtionem pro matrimonio. Pingiz. q. 1.* Confectis instrumentis dotalibus, *seu tabulis nuptialibus. §. ult. Inst. de nupt.* qua jure civili necessario requiruntur, ut matrimonium probetur contractum: Quia Imperator nullo loco de hac legitimatione agit, ubi non dotali-*

Legitimatio per subsequens matrimonium.

Instrumenta dotalia, nuptialia, jure civili ad eam necessario requiruntur.

um

um instrumentorum faciat mentionem. §. fui a. 2. v. nec non ead. Inst. de hered. ab intest. Nov. 18. c. ult. Nov. 18. c. ult. Nov. 74 in pr. Nov. 59. c. 8. l. 10. & l. seq. C. de nat. lib. Tum quod duo ablativi in d. §. ult. Inst. de nupt. & passim, necessitatem inferunt secundum Dn. per l. 109. de cond. & demonstr. juncta l. 9. §. 3. ad exhib. Sic & in matrimonijs scenicarum mulierum desiderantur dotalia instrumenta, una cum rescripto Principis. l. 23. C. eod. etsi postea Justinianus illa sola exegit, constitutione Græca, ab Alemanno vulgata in anecd. Aliud vero de Iure Canonico, ubi nuptiæ probationem non desiderant in facie Ecclesiæ consummatæ. Quid si quis coram visitatoribus fateatur, se concubinam in uxorem duxisse, idque affirmet Parochus, an sufficiet ad probationem secuti matrimonii? Adf. Hart. Pist. obs. 93.

AD THES. VII.

IN EXTREMO MORTIS ARTICVLO] Per quem non intelligo ultimum momentum, quo anima a corpore abit; sed quemadmodum momentum in metalibus latitudinem quandam habet, ita & h. l. ultimus mortis articulus denotat illud spatium inter vitam & mortem, quo homines de salute ægroti jam desperant, ita tamen, ut & in hoc spatio ad declarandum consensum suum æger omnino sanæ mentis esse debeat

NON QVIDEM AD PRÆSENS.] Finge eum, qui filium naturalem genuit, postea casu quodam castrari, an & hic in extremo mortis articulo per matrimonium filium illum legitimare poterit? ex ratione Auctoris quæstio affirmanda foret: Ego non arbitror, huic, etsi cæterum sanus & extra morbum constitutus fuerit, matrimonium permitti posse (quia nimirum certo spes deficit finem conjugii primarium ab eo posse obtineri, *vid. anim. ad th. 9. differt. 9.*) Ergo multo minus in ultimo mortis articulo. Nec obst. quod, explosa hac Auctoris ratione, videatur etiam ejus thesis in genere elidi, cum sane in omni, qui in extremo mortis articulo constitutus est, spes obtinendæ sobolis deficiat. Resp. enim non *certe* deficere, cum infinita dentur exempla eorum, qui desperantibus omnibus hominibus pristinæ sanitati fuerunt restituti. *Conf. iterum dicta ad th. 9 differt. 2.* Et ex hac nostra ratione subsistet quod eis matrimonium alias justum in ultimo hoc vitæ termino contractum, etiamsi antea extra id. nullis contrahentibus liberi geniti, cum Auctoris ratio ad hunc casum haud applicari possit.

AFFIRMAT H. PISTORIS] Imo negat, & recte, quia parocho solum affirmanti, non vero juranti, haud creditur. Accedit, quod matrimonium hodie regulariter probetur per libros ecclesiasticos, in quibus, si non deprehen-

hendetur attestatio de conjugio personarum ejusmodi, ne præsumptionem quidem faciet sola Parochi assertio.

An nepos defuncto patre, per subsequens matrimonium avi legitimari possit?

IIX. Sed nepos, defuncto suo patre, per subsequens avi matrimonium legitimari non potest. *Finge: Filium habes ex concubina, hic filius suscipit ex concubina vel uxore itidem sobolem, & moritur; Tu ave ducis tuam concubinam post uxorem: Quæritur, an nepos fiat legitimus? Pater enim ejus procul dubio si vixisset, legitimus factus esset. Negatur. Quia filio defuncto, deficit medium, per quod matrimonii ab avo contracti effectus ad nepotem ex conjugio legitimo natum pertingat. Et si maxime proponas filium adhuc superstitem, tamen conjugium avi efficere non potest, ut nepos ex concubina natus naturalis non sit. Vide Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 2. th. 7. lit. a.*

AD THES. IIX.

EX CONCVBINA, VEL VXORE] Miscet Auctor quæstiones diversas. Si enim filius naturalis mortuus etiam ex alia concubina nepotem naturalem genuerit; concedo Auctori ob causam *in fin. thes.* allatam, nepotem hunc per nuptias avi cum avia paterna non legitimari. Per subsequentes enim nuptias quilibet factum proprium corrigere videtur, non alienum. [illegible] subsequens matrimonium h. l. non quodvis intelligitur, sed præcise patris naturalis cum matre naturali. *Adde Dn. Schilt. exerc. 3. th. 15. in fin.* At in altero casu, si filius iste naturalis mortuus ex justis nuptiis nepotem reliquerit (de quo expresse quæstionem formant Dn. Struv. *exerc. 3. th. 50.* Dn. Schilt. *d. exerc. 3. th. 13. 14. 15.*) placet contra Auctorem cum *Dn. Struv. Schilt. dd. ll.* & aliis, quos allegat Brunnem. *exerc. 2. ad §. ult. Inst. de nupt. p. m. 15.* nepotem hunc per subsequens avi matrimonium legitimari, per ea, quæ late adducit Dn. Schilt. *d. l.*

Matrimonium intermedium legitimationi postea factæ non officit.

IX. Quod si matrimonium aliquod intermedium fuerit, *puta suscepit quis liberos ex concubina, medio tempore dimissa illa, uxorem justam ducit, qua mortua, concubinam demum*, liberis in concubinatu susceptis non officit, quo minus postea legitimentur *filii ex tempore justarum nuptiarum. Diss. Forst. de succ. ab int. lib. 6. c. 23.? neque hic fictio retrotractionis alicujus admitti debet, quasi operaretur legitimatio istud, ut a tempore nativitatis suæ legitimi fuisse fingerentur, quod recte extra hunc casum alias statuitur: sed imo legitimi esse incipiant a tempore justarum nuptiarum, & ideo Dd. hisce legitimatis jus primogenituræ non tribuunt, quod* tri-

Digitized by Google

tribuere deberent, si retrotractionem statuerent in hoc casu singulari. Ne Principis beneficium alteri sit damnosum. l. 2. §. 16. ff. Ne quid in loc. publ. vel it.

AD THES. IX.

IVS PRIMOGENITVRÆ] Dependet hæc quæstio ab eo, utrum filius naturalis ante legitimum genitus pro primogenito habendus, de quo consulendus Tiraquell. *de primogenitura.* Vid. omnino Hogepau. *ad tit. Decret. qui liberi sint legitimi n. 9.*

X. Sed oportet, ut fœmina talis sit, cum qua licitum matrimonium. *§. ult. Inst. de nupt. l. 10. pr. l. 11. pr. C. de lib. nat. Nov. 89. c. 8.* * *Quid vero, si tempore conceptionis talis non erat: sed tempore demum nativitatis? Puta, si curator cum adulta sua rem habuerit, & tempore partus finita sit cura? Vel magistratus cum fœmina provinciali? Iure civili quæstio nulla. Quia ubi ejusmodi impedimentum intercurrit, fœmina hoc jure non potest esse concubina. Iure autem consuetudinario, quo qualibet Venus legitimationem meretur, forsan admittetur, ut tempore partus sufficiat, cum hac muliere esse matrimonium. Vide Fach. 3. cont. 50. dummodo impedimentum, quod tempore conceptionis talis non erat, non impingat in jus divinum & naturale.* Qualis utique & ignobilis est, *& frustra dubitant, an alicujus nobilis ex tali concubina naturales legitimari possint. Vide Fachin. 7. 53.*

Ad legitimationem per subseq. matr. requiritur, ut cum fœmina ducenda licitum sit matrimonium.

Quid si cum ea licitum sit demum tempore nativitatis s. partus?

An nobilis ducendo concubinam ignobilem, naturales legitimet?

AD THES. X.

IN IVS DIVINVM ET NATVRALE] Quoad liberos incestuosos nullum est dubium, quia tunc nulla potest esse differentia inter tempus conceptionis & partus. At de adulterinis certum est quidem, eos, si, constante adhuc matrimonio, ab adultera editi fuerint, non fieri legitimos, licet post mortem mariti matrem eorum duxerit adulter *per expr. text. in cap. tanta 6. X. qui filii sint legitimi.* Quod si vero adulteræ maritus, antequam partum adulterinum edat ipsa, moriatur, adulter vero postea adulteram in uxorem ducat, an & ad hunc casum extendendum sit *d. cap. 6.* an vero potius hic legitimatio per subsequens matrimonium locum habeat, quia scil. non tempus conceptionis, sed partus, sit considerandum? quæritur: Et Fachin. quidem *d. lib. 3. controv. 50.* posterius affirmare videtur (præsupponit enim quasi fundamenti loco *ex d. cap. tanta*, casum de partu adulterino.) Sed rectius id negatur ab Auctore nostro hic, & Fachinæo respondetur a Zœsio *ad Decretales, qui filii sint legitimi, n. 18.* Cæterum tamen Auctor noster non adeo male Fa-

 chi-

chiani sententiam temperat, nec totam rejicit; sed ad casus illos, ubi matrimonium jure civili saltem vetitum est, restringit: Quod ut eo melius intelligatur: Distingvendum inter vitium, quod tantum in conjunctione est, & quod simul communicatur partui, vel inter vitium, quod tantum adest tempore conceptionis, & quod adest utroque, & conceptionis, & partus tempore. Filius adulterinus etiamsi editus sit mortuo marito, quia tamen & tempore partus vitium adest, ut scil. nihilominus adulterinus sit, & ita quasi vitium partui communicatum (saltem per juris fictionem, sive vitium istud infamiam facti dicere velis, sive levis notæ maculam) per subsequens matrimonium non fit legitimus, per rationes *Zoesii d. l.* Si autem v. g. Curator cum adulta sua rem habuerit, tempore vero partus finita sit cura, & is postea vitiatam a se in matrimonium ducat, legitimabitur utique partus iste, quia vitium tantum est in conjunctione conceptionis tempore, partus autem ipse nullo laborat vitio: Adde rationes Fachin. *d. l. 5. controv. 50.* Et de hoc moribus nostris multo minus est dubium, quia ego firmiter puto, etiamsi partus editus sit, constante adhuc cura, tamen per subsequens, finita cura aut tutela, matrimonium spurium istum legitimari, non tam ex ea ratione, quia pleræque nuptiarum prohibitiones, quæ meri Juris civilis sunt, (quas Imperator *§. 11. Inst. de nupt.* innuit.) hodie in desuetudinem venerunt. *Vid. Brunnem. ad d. §. 11. extra. 2. p. m. 13. 14.* quam quod hodie ex consuetudine etiam spurii in genere ad legitimationem per matr. subsequens admittantur. Dico moribus nostris. De jure enim civili, si verum est, quod Auctor dicit, fœminam, cujus mihi conjugium jure civili interdictum est, nec ad concubinatum admitti (*Vid. tamen l. ult. ff. de concub.*) id non procedet. Cæterum an, si tempore conceptionis non fuerit impedimentum nuptiarum, fuerit autem tempore nativitatis? v. g. si Titius Cajam vitiaverit, & hæc, antequam pariat, Mævio nubat, eoque vivo partum edat, post partum vero &, Mævio mortuo, Titius eam ducat: item an ex copula adulterina, aut incestuosa ignoranter habita conceptus per subsequens matrim. legitimetur? De his & aliis quæstionibus vide Zoesium *d. l. n. 19. 20.* Et quidem posteriorem quæstionem quoad utrumque membrum negat Zoesius. De incestuoso concedo, quia, uti ab initio monitum, & subsequens matrimonium non nisi incestuosum esse potest: de adulterino nego, quia nec tempore conceptionis vitium est, utpote quod absque intentione & προαιρέσει non committitur, neque adeo ad hunc casum trahi potest. *d. c. tanta 6. qui lib. sint legitimi.*

Legitimatio per rescriptum Principis quid?

XI. Per rescriptum Principis fit legitimatio, quando petente patre, *Nov. 89. c. 9.* vel, *cum ipse non potuerat, ex voluntate ejus, in testamento,* liberis ipsis *paterni judicii confirmationem,* petentibus *Nov. 89. c. 10. Quod hodie secus est, spuriis vivo adhuc*

pa-

patre codicillos impetrantibus, magna juris perversitate. Confer. Des. Heral. Rer. quot. lib. 1. c. 5. n. 5. Princeps, *vel, jure quidem Can. Papa, c. per venerabilem. 13. X. qui sibi sint leg.* vel per se, vel per Comites Palatinos liberos jubet esse legitimos. *Sed nec Papam legitimare: nec Principem, subditum alterius, ita ut legitimatus, ubique pro tali agnoscatur, posse puto, quia fieri videtur quodammodo in injuriam ejus, cujus subditus magistratus sese alterius submittit jurisdictioni.* * *Comes etiam Palatinus suos proprios naturales legitimare posse videtur. Quia est actus voluntariæ jurisdictionis. Confer A. Quettam consilio 70. 72. 75.*

Princeps vel per se vel per Comites Palatinos legitimat.

Comes Palatinus naturales proprios recte legitimat.

AD THES. XI.

PRINCEPS] Scil. in Imperio Romano Imperator Romanus filios Principum, Comitum & Baronum per modum Reservati solus legitimat, neque hanc legitimandi potestatem Comitibus Palat. concedere solet, reliquos vero & ipse solus quidem per modum reservati legitimare potest, ita nimirum, ut hæc legitimatio per totum Imperium valeat, cæterum tamen etiam Principes ac Status Imperii in suo Territorio legitimare posse verum est, & ita Joachimum II. Electorem Brandenburg. legitimasse aliquem, qui postea in collegium der Gewand-Schneider receptus est, testatur Knipsch. *de Jur. Civit. Imper. l. 2. c. 4. n. 102. seqq. Vid. Strub. exerc. 3. th. 54. Perillustris ac Generosiss. Dn. Otto Henr. Liber Baro a Friesen, Dominus meus Gratiosus de jure Principis extra territorium cap. 1. n. 49. p. m. 54.*

NEC PRINCIPEM SUBDITUM ALTERIUS] Duæ sunt distinctæ quæstiones: (1) an Princeps, vel Rex, subditum alterius Regis, vel Principis, legitimare possit? quam quidem ita absolute conceptam negat Ludw. *exerc. 2. th. 7. lit.* Auctor vero noster non negat, sed quod fieri possit, præsupponit, cum alias quæstio foret Domitiana, quam (2) Auctor noster hoc loco movet: an scilicet subditus alterius ita a Rege alio legitimatus extra territorium Regis legitimantis, ubique & maxime in territorio Regis sui pro legitimo sit habendus ita, ut v. g. ad bonorum successionem & alia jura liberis legitimatis competentia admittendus sit? & hanc recte negat Auctor noster, ad rationes vero dubitandi respondet Fachinæus *lib. 9. controv. 58.* Ab his duabus diversa est quæstio tertia: an, si Princeps suum subditum legitimet, etiam hæc legitimatio extra territorium Principis legitimantis extendi debeat? ad quam solide respondet Perillustris Dn. Baro a Friesen *d. l. n. 52. 53. p. 55.*

COMES ETIAM PALATINUS] *arg. l. 4. ff. de adopt. Brunnem. exerc. 2. ad. §. ult. Inst. de nupt. p. m. 16. Dissentit cum Treutl. vol. 1. disput. 2. th. 6. lit. g. Ludw. disp. 2. th. 7. lit. h.*

Quænam requiruntur, ut Legitimatio per R. Pr. procedat?

Hodie liberi per R. P. legitimari possunt, etsi mater eorum vivit, suique copiam facit.

XII. Sed tum demum hæc legitimatio procedit, si pater cum muliere, unde naturales procreati, matrimonium contrahere impeditus fuerit, *impedimento facti, puta, si vel mortua illa, vel cum aliis se commiscuerit, aut occultetur. Nov. 74. c. 2. pr. Nov. 89. c. 9.* & alii liberi legitimi non extent. *d. Nov. 74. c. 2. Sed hodie etsi mater vivit, suique copiam facit, tamen legitimationis codicilli, quanquam patre legitimam uxorem habente, impetrantur, contra omnem legitimationis rationem. Quasi fingi possit legitimus, cujus mater vixit innupta, aut ei, cui liberos peperit, non nupta. Quasi fingi possit, retro fuisse matrimonium, quod adhuc est nullum. Ut dicam clarius: ut possit nempe fingi aliquis legitimus, oportet, nuptias præsupponere de jure cum matre sua possibiles. At impossibile est, ut nuptiæ concubinæ talis consistant cum viro, qui habet uxorem. Ergo cujus naturalis filii mater vivit innupta, is non potest legitimari. Deinde extra justas nuptias nulli liberi sunt justi: At ejus mulieris, quæ non est nupta, nullæ sunt nuptiæ. Ergo nec liberi justi, vel justificandi per legitimationem. Denique per legitimationem liberi retro censentur justi, quasi tempore nativitatis ex justo matrimonio fuissent nati: At matrimonium retro constitisse nec fingi potest, ubi adhuc nondum est contractum.* Semel tamen rite facta, liberis postea natis, non revocatur. *Quia non convenit, filium habere temporalem. l. 34 ff. de adopt. * Quemadmodum nec impedire agnati & cognati legitimationem possunt, quibus nondum delata est hereditas.*

Legitimatio per R. Pr. semel facta natis postea liberis non revocatur.

AD THES. XII.

QVASI FINGI POSSIT] Sed supra jam dictum *annot. ad th. 3. hic*, legitimationem non sola juris fictione niti, sed ex liberrimo Principis arbitrio dependere. Inde sponte corruunt ea omnia, quæ hac th. Auctor contra justitiam morum hodiernorum disputat.

An liberi inviti legitimari possint?

XIII. Sed quæritur: Liberi an inviti legitimari possint? Quod negandum videtur *per Nov. 89. c. generaliter. 11. Quamvis nec rationes desint, quæ contrarium suadeant, nec autoritas. Vide Covarr. de matrim. part. 2. c. 8. §. 2. n. 15. tom. 1. Nisi forsan distinguendum fuerit inter legitimationem per subsequens matrimonium, cujus*

cujus vi etiam inviti in potestatem rediguntur liberi. Et inter legitimationem per rescriptum, ubi liberi consentire debent, si scilicet ea ætate sint, ut possint: Alias sufficit non intervenisse dissensum.

AD THES. XIII.

NEGANDUM VIDETUR] Adde Treutl. *Vol. 1. disp. 2. th. 6. lit. b. d.* quamvis recte observet Bachovius ad *d. l. Treutl.* hodie quoad mores nostros hanc quæstionem exiguum habere usum, cum casus fere non sit dabilis, quo aliquis legitimationi consentire nolit, cum nemo facile spurius velit manere. Alia erat ratio juris Justinianei, ubi liberi ex concubina nati, etsi non succederent patri, &c. tamen pro infamibus, aut levi macula notatis (utpote concubinatu a jure civili approbato) non habebantur, uti spurii nostri. Deinde, quia olim per oblationem curiæ magnis oneribus subjiciebantur legitimandi, inde facile fieri poterat, ut quis legitimationem respueret, quibus oneribus hodie cessantibus casus iste facile non occurrit.

XIV. Tertia patriæ potestatis causa, *nuptiæ fictæ*, est adoptio, *pr. Inst. hic.* τεκνοποιΐα, υἱοθεσία. *Hinc adoptivus filius* θετός, quæ est legitima *civilis. Olim legitima alio sensu, nempe propter solennitates. Erat enim actus legitimus. Vide A. Gellium, 5. 19. Suet. Aug. c. 64. Aliis Gentibus per arma. Cassiod. lib. 8. Corip. lib. 1. Franci per comam & capillos. P. Diacon. lib. 6. Gothi per barbæ tactum. Aimon. 1. c. 20. vel præcisionem. Id. 4. 23. Per capillos, in Ecclesia sæpe. Id. 4. 57.* διὰ ἱερᾶς εὐχῆς *Bals. ad can. 53. Syn. 6. in Trul. in baptismo. Sic Theodosius a Belisario Procop.* ἀνεκδ. alicujus in filium adsumtio, sive sit primi gradus, *ut filii*, sive ulterioris, *ut nepotes §. 1. in fin. Instit. h.* pronepotes, & deinceps, *quos adoptare potest etiam, qui filium non habet. §. 6. h. quacunque loco liberorum & gradu apud patrem naturalem suum hi adoptandi fuerint. Sed si filium habet adoptans, non aliter nepotem adoptat, quasi ex hoc filio natum, quam si filius consenserit. §. Sed si. 8. Inst. h.*

Adoptio. Adoptio olim erat actus legitimus. Adoptans absque filii consensu, nepotem quasi ex filio natum non adoptat.

XV. Adoptans (1) integris 18. annis, *seu plena pubertate. Non enim de annicnlo, v. g. duntaxat adoptando hoc ita disponitur: sed de omnibus omnino adoptandis*, adoptandum præcedere debet. *l. 40. §. 1. ff. & §. 4. Instit. h.* (2) Per naturam ad generandum habilis esse. *§. 10. Instit. h. t. neque vitio aliquo perpetuo & incurabili laborare, uti castrati. §. 10. Inst. h.*

Adoptans adoptandum 18. annis præcedere debet.

Digitized by Google

Fœminæ nisi ex indulgentia Principis adoptare nequeunt.

XVI. (3) Oportet, ut liberos possit in potestate habere. Unde fœminæ adoptare nequeunt. §. 11. *Inst.* nisi ex indulgentia Principis ad solatium liberorum amissorum. *d.* §. *11.* * *Quo casu patriam potestatem tamen non adipiscuntur, nec filios familias faciunt; sed solummodo succedendi ab intestato jus conferunt. Don. 2. c. 21.*

Quæ adoptando p potestatem non consequuntur.

Adoptio est vel in specie ita dicta vel arrogatio.

XVII. Est autem adoptio duplex: vel in specie ita dicta, vel arrogatio. §. 1. *h.* Illa dicitur, si filiusfamilias magistratus imperio & actis intervenientibus adoptatur. *d.* §. 1. *l.* 1. π. *l.* 1. *C. h. Non autem cujusvis magistratus imperio: sed ejus, penes quem est legis actio, sed cui hoc specialiter lege tributum. l. 4. π. l. 1. C h l. 3. de Off. ProCon. & Leg.*

Adoptio in specie dicta quid?

Adoptio ab extraneo facta p. potestatem non tribuit.

Plebejus a nobili extraneo adoptatus nobilitatis jura non consequitur.

XIIX Eaque fit vel ab avo materno vel paterno, & propter duplex vinculum plenum potestatis & familiæ jus transfert. §. 2. *Inst. ita ut adoptatis jus suitatis. §. 2. Inst. de her. quæ ab int. & agnationis tribuatur. l. 23. h. t.* Non ab extraneo, qualis *assumtio* patriam potestatem non tribuit: sed jus succedendi duntaxat ab intestato. *l. pen. C.* §. 2. *Inst. h. t. Dissentit A. Matthæi in notis ad pr. Inst. de adopt. Quem sequitur Arumeus, Exerc. 2 ad Inst. th. 26 & novissime Wissenbach. Disput. ad Inst. 6. th. 34. Quos refutat Ungepaur. Exerc. 3. in Nego. Hinc plebejus a nobili adoptatus extraneo, familiæ & nobilitatis jura non consequitur. l. pen. §. 2. in fin. C. h. Arum. ad Inst. Exerc. 2. th 20. Bodin 3. de rep. 8. Cujacius distinguit inter gentem & genus consult. 56.*

AD THES. XIIX.

PLEBEIUS A NOBILI ADOPTATUS EXTRANEO] De hoc quidem nullum est dubium; sed quid si avus maternus nobilis nepotem ex filia plebejo nupta adoptaverit, aut etiam extraneum ignobilem sui juris arrogaverit? His casibus nobilitatem communicari adoptato putant *Locam. quæst. Justinian. 31. & Gothofr. ad l. 23. ff. de adopt. arg. l. 6. de Senator. & d. l. 23. de adopt.* Sed rectius negatur & hæc quæstio, quia jus nobilitandi privatis non competit, sed Rescriptum Imperatoris est, qui semper in concessione nobilitatis restringit eam ad liberos per sanguinem descendentes. *Conf. Buchol. in πεωτ. p. m. 386.* Aliter ad hanc quæstionem, distinguendo scilicet inter tempora nostra, & tempora Juris Justinianei, respondet Huber. *digress. Just. lib. 2. c. ult.*

XIX.

XIX. Arrogatio est adoptio hominis sui juris, causa cognita, Principis rescripto facta. §. 1. *Inst. de adopt. In causa cognitione autem (1) est persona adrogandi, ne sit libertus alienus. l. 15. §. ult. aut naturalis ex concubina susceptus. l. 7. C. de nat. lib. Nov. 73. c. 3. Nov. 89. c. 1. (2) ætas adrogaturi, an sit minor 60. annis. d. l. 15. §. 2. (3.) fortuna utriusque l. 17. pr. & §. 2. (4.) mores adrogaturi, ne cadat in eum turpis suspicio. l. 17. §. pen. Et denique in eodem, ne alios habeat liberos. l. 17. §. 3 Vide Senecam controv. 16.*

Arrogatio. Fit causa cognita. Quidnam est in causæ cognitione?

XX. Impuberes *ab iis, qui vel naturali cognatione, vel sanctissima adfectione ducti. l. 17. §. 1. h. t.* si arrogantur, cavere debet arrogator, *idoneis fidejussoribus, personæ publica. §. 3. Inst. h. quæ olim erat servus publicus. l. 18. h. t. l. 2. C. h. t. l. 1. §. 15. de mag. conv.* bodie tabularius publicus. l. 3. C. de tabular. lib. 10. tit. 69.* si intra pubertatem decesserint, restituturum se omnia eorum bona iis, ad quos perventura fuissent, si arrogatio facta non fuisset. *§. 3. Inst. d. t. l. 17. §. ult. l. 18. 19. 20. pr. l. 22. pr. & §. 1. h. t. l. 2. C. h. t.*

Arrogator cavere debet.

XXI. Ita actionem ex satisdatione habent hæredes legitimi, *quam alias habituri non fuissent, quia desierant esse agnati per adrogationem. l. 19. §. 1. h. t. Ant Faber. 1. JPr. 10 pr. 1. ill. 14.* Neque solum ii, qui ab intestato veniunt: sed & substituti pupillariter. *l. 18. h. t. quia utique ad hos primo loco venissent bona impuberis. Adde, quod conserventur libertates & legata, quæ tabulis secundis relicta sunt, cautionis remedio. l. 19. h. t. Ergo valere eas tabulas necesse est.*

Quinam ex illa cautione s. satisdatione actionem habent?

XXII. Præterea arrogator impuberi sine justa causa vel emancipato, vel exheredato, præter bona, quæ ad ipsum transtulit, quartam *portionis ab intestato debitæ, tum ne melioris conditionis hi fiant, quam naturales, quibus quarta legitima sufficit. l. 8. §. quoniam. ff. de Inoff. test. tum ne pluribus arrogatis exhauriatur substantia arrogatoris, in injuriam naturalium. Vide Cujac. ad l. causa. 40. de vulg. & pup. lib. 29. Quæst. Papin. Et hanc communem Dd. esse sententiam testatur Fomannus Disp. 4. th. 14.* relinquere tenetur. *§. 3. Inst. de adopt. l. 22. §. 2. π. eod.*

Arrogator impuberi sine justa causa vel emancipato vel exheredato quartam relinquere tenetur?

AD THES. XXII.

PORTIONIS AB INTESTATO DEBITÆ] Consentiunt cum Auctore Vinn. *in not. ad §. 3. Inst. de adopt. & Bachov. in πρῶτ. p. 214. seqq. aliique.* Sed verior videtur opinio dissentientium, & nimirum, quod per quartam intelligatur quarta omnium bonorum, per ea, quæ habent Ludw. *exerc. 1. th. 8. lit f. Locard. qv. 31. Franzk. exerc. 2. qu. 9. Strub. exerc. 3. th. 60. & in resolut. ibid.* ubi responsiones ad rationes Auctoris invenies. Nisi dicere velis cum Brunnem. *exerc. 2. ad §. 3. Inst. de adopt. p. m. 16.* quartam legitimam & omnium bonorum hoc casu non differre, quia regulariter non nisi orbis patribus arrogatio conceditur *l. 17. §. 3. de adopt.*

Ubi per quartam intelligitur quarta portionis ab intestato debitæ. Unio prolium similis adoptioni. Quænam solennitates ad unionem prolium requiruntur? Adoptio quædam olim fiebat etiam in testamento.

XXIII. Huic adoptioni similis moribus recepta est unio prolis, die Einkindschafft, *quæ est pactum de pariendis diversorum matrimoniorum liberis, ad effectum hereditatis seu successionis legitimæ consequendæ. Habet enim respectu vitrici arrogationis quandam speciem: Ratione novercæ, adoptionis a muliere Principis rescripto factæ. Nov. Leon.* 27. ubi liberi prioris matrimonii liberis sequentis matrimonii, causa cognita coram magistratu ordinario, præsentibus tutoribus & curatoribus cognatisque liberorum exæquantur. *Quibus solennitatibus deficientibus non valet. Dn. Carpzov. 5. Resp. tit. 1. Resp. 6. ubi accurate materiam hanc persequitur. Conf. Gail. 2. O. 125. Erat olim & adoptio, quæ fiebat in testamento. Val. Max. lib. 7. c. 8. §. 5. Non tamen satis firma. Hinc Octavius, tametsi testamento a Iulio adoptatus, lege tamen Curiata postea apud populum adoptatus fuit. Dio lib. 55. Cujac. 7. obs. 7. Petit. Com. ad L. L. Att. 2. 7. Sic Cæcilius adoptavit Atticum. Cor. Nep. Attico.*

AD THES. XXIII.

ADOPTIONI SIMILIS] Ex quo tamen non inferendum, quod hodie jura adoptionis plane sint abolita, uti quidem communiter statuunt. *Vid. Graway. ad tit. ff. de adopt.* Licet enim non adeo frequentetur hodie ac olim; inde tamen ad desuetudinem, vel abrogationem juris, non inferendum, cum & unio prolium æque rara sit hodie ac ipsa adoptio. Ergo adhuc hodie adoptare licebit, & si id fiat, secundum jura civilia pronunciandum (*Vide tamen Noric. in add. ad not. Vinn. §. ult. Inst. de adopt.*) Hinc mense April. 1679. adoptionem minus legitime factam a Principe *juxta legem 38. h. t.* confirmari posse respondit Facultas Juridica in Academia Viadrina, & ita filiæ adoptivæ successionem assignavit, teste Magnif. Stryk. *in usu moderno Pand. mss. ad tit. de adopt. h. t.*

XXIV.

Digitized by Google

XXIV. Effectus patriæ potestatis olim fuit jus vitæ & necis. *l. 11. in fin. π. de lib. & post. l. fin. C. de P. P. nec minus tum tamen in pietate, quam nunc, potestas consistebat. Nec enim sine causa justissima exerceri poterat. Qui vero filium suum in venatione necaverat, non ideo deportabatur, quod atrox in adulterum fuisset: Sed quod per insidias, indicta causa, latronis potius, quam patris jure. l. 5. ad L. Pomp. de parric.* Hodie non nisi (1) modica castigatio permissa est. *l. 3. C. h. t. ut & judici puniendum filium pater offerre possit. l. 2. ad L. Cornel. de Sic. & is cogatur ex præscripto patris dicare sententiam. d. l. 3. H. Pistoris obs. 168. ubi ita respondisse ait Scabinos Lipsienses. Matri vero tantum non licet, ibid. Pistor.* (2.) & venditio, tempore extremæ famis. *l. ult. C. de patr. qui fil. salva eorum ingenuitate. Quod tamen nec ad omnes: sed sanguinolentos tantum liberos pertinet. d. l. ult. quod explicatur interpretibus, adhuc a matre rubentes. Quamvis alii sanguinolentus, relatione ad patrem facta, legunt. Quod non convenit, nec Wissenbachius ferendus, Disp. de pot. her. 6. th. 11. qui hoc probat, Bachovium describens, 2. de pign. 12. n. 4. Non enim sanguinolentus est, qui necessitate extremæ famis urgente vendit, quin nec sanguinolentus, pro crudeli & sævo, latinum est, sed sanguinarius.* Quod jus matri & avo paterno tribuendum non videtur. *Vide Donell. tit. C. quæ res ven. non poss. n. 20.*

Jus vitæ & necis in filium sine justissima causa exerceri non potuit.

Pater quando & quos liberos vendere possit? Explicatur l. ult. C. de patr. qui fil.

AD THES. XXIV.

SCABINOS LIPSIENSES] Sed hodie hæc paululum imminuta esse, & adempta parentibus electione, ne scil. ira ac indignatione commoti severius, quam par est, supplicium liberis immorigeris irrogari faciant, judicis arbitrio determinationem bene committi, notat Carpz. *Pr. Crim. quæst. 100. n. 35. seqq.*

MATRI ET AVO PATERNO] Idem sentit Ludw. *exerc. 2. th. 1. lit. a.* sed verior videtur contraria opinio *arg. l. fin. verb. si quis C. de patrib. qui lib. distrax. jun. l. 4. ff. de V. S.* & accedente ratione, quia hic est effectus patriæ potestatis, non quatenus ea est juris civil. sed quatenus, abstrahendo a legibus civilibus, ex juris naturæ præcepto de alendis & educandis liberis profluit, quod optime explicat Eichel. *de jure Parent. & liber. P. 2. §. 25. Conf. supra annot. ad disp. 1. th. 3.*

XXV. (3.) Filii emancipati ingrati in potestatem revocatio. * *Puta si filius parentem vel acerbitate convitii; vel cujuscunque*

Quando filius emancipatus ob ingratitudinem in

potestatem revocari queat? *quo atrocis injuria dolore pulsaris. l. un. C. de ingr. lib. quamvis alias neque emancipati, neque naturales inviti in potestatem redigantur. l. ult. π. de his. qui sunt sui, quod immerito displicet Connan. 2. Com. 14. qui in d. l. ult. pro vel, legis semel, propterea acriter a Cujacio destrictus. 10. Obs. 23.*

Quando patria potestas morte avi solvatur? XXVI. Ita constituta patria potestas solvitur (1.) morte naturali patris, *indistincte & avi, non aliter tamen, quam* si nepotes eo, *avo*, mortuo, in potestatem filii recasuri non sunt. *pr. Inst. quib mod. jus patr. pot. solv. si quod fit, ante avi mortem, filius e familia ejus exit. l. 191. §. 2. de V. S. Ut Pontianus & Pudens, filii Sicinii Amici, qui ante avum defunctus, de quibus Apulej. apol. Ratio est: Quia filius vivo patre suo jus tantum habuit in potentia, quod mortuo avo deducitur in actum. l. 5. de his, qui s. sui, vel al. jur. Ergo, si vivo avo, exit ejus potestate filius, jus suum, quod erat in potentia, erga nepotem plane exstinguitur, ut nec reviviscat, si maxime avus filium suum denuo adoptet. l. si pater. 41. de adopt. non obstante. l. 23. de lib. & post.*

AD THES. XXVI.

ET AVI] Hodie nepotes in avi potestate non esse, asserit Horic. *ad §. 7. de adopt.* sed absque auctoritate legis aut præjudicii. Addit rationem Magnif. Dn. Stryk. *in usu moderno Pand. ad tit. de his, qui sui, vel al. jur sunt §. 2.* quia scil. hodie patria potestas tollatur per nuptias. Et hodie ex consuetudine semper emancipationem per nuptias fieri, asserit D. Brunnem. *ad auth. matri C. qu. mulier. tutelæ officio.* Quæ consuetudo si esset universalis, nullum remaneret dubium. Verum cum de jure Saxon. in emancipatione filii non solas nuptias sufficere concedat ipse Magnif. Dn. Stryk. (ex Carpzovio) *ad tit. de adopt. §. 3. (conf. dict. ad th. 29. hic)* ideo & quoad Jus Saxon. de assertionis istius (quod nepotes non sint in potestate avi) veritate ejusque fundamento ulterius erit cogitandum, cum variorum casuum decisiones exinde dependeant.

NON OBST. L. XXIII. DE LIB. ET POSTH.] Vere non obstante. Nam quod de adoptione filii emancipati *d. l. 41. de adopt.* dicitur, illud ex *l. 23. de lib. & posth.* de adoptione imaginaria est intelligendum. Nisi forte ex verbis *d. l. 23. non translatus, sed redditus* argumentari velis, quod quia filius emancipatus per adoptionem *redditus* patriæ potestati censeatur, simul quoque pristina jura recuperasse, dicendus sit, & cum iis jus suum potentiale in filium suum. Ubi tamen negarem consequentiam, quia argumenta

ta ex legibus contra textus expressos contrarium asserentes, non procedunt.

XXVII. (2.) Morte civili, qua per maximam & medium capitis deminutionem vel pater, vel filius ex numero civium Romanorum tollitur. *Pœna tamen servitutem, quæ contingit damnatione ad mortem, seu ultimo supplicio. l. quod ad 12. l. qui ultimo, 29. π. de pæn. & mortis civilis genus erat, in totum sustulit Justinianus. Nov 22. c. 8.* Mors civilis.

XXIIX. (3) Dignitate, olim patriciatus tantum: *quæ hic non intelligitur prærogativa illa apud Romanos. quæ opponebatur genti plebejæ: sed erat singularis dignitas sub Constantino Imperatore nata, teste Zosimo, lib. 2. Vid. Cassiod. 6. Var. 2. Cui hodie similem esse fraternitatem regiam & equestrem S. Michaelis, & ordinem aurei velleris putat Wesemb. Inst. h. t.* hodie, quavis, quæ a curia liberat. *Nov. 81. in pr. cujusmodi duodecim recitantur in l. fin. C. de Decur. lib. 10. auth sed Episcopalis. C. de Episc. & Cler.* non autem Doctoratu. *Quia nec veteres ICti, quibus potestas de jure respondendi, liberabantur. l. fori. 4. C. de adv. divers. jud. juncta. l. fin. in fin. pr. & §. fin. C. de inoff. test. Nov. 38. pr. & §. 3.* * *Sed numquid monachismo? Ita videtur. Quia demtis omnibus effectibus patria potestas, si non ipsa demitur, certe otiosa est. Sed & quidquid a curia liberat, liberat etiam a potestate patria: Sed monachismus a curia liberat. auth. sed neque. post. l. 4. C. de Episc. & Cler.* Patriciatus. Doctoratus an liberet a P. P. An monachismus?

AD THES. XXIIX.

CUI HODIE SIMILEM ESSE] *Vid. omnino Nov. addit. ad Vinn. §. 4. Inst. quib. mod. jus patr. pot solv. item Schulz. in synop. Inst. ibid. lit. c.*

NON AUTEM DOCTORATU] Adde præjudicium apud Carpz. *P. 2. Const. 10. def. 4.*

NUMQVID MONACHISMO] A non paucis hæc Auctoris assertio negatur *arg. l. 34. C. de Episc. & Cler. & l. 56. §. eod. Conf. Brunnem. exerc. 3. ad §. 4. Inst. quibus mod. pat pot. solv p. m. 18. Ludw. exerc. 2 th. ult. lit. b.* qua sententia admissa non difficulter ad arg. *ex Auth sed neque C. de Episc. & Cl.* respondeti posset, partim, non expresse ibi dici, quod Monachismus a curia liberet, partim, dignitates solum a curia liberantes, liberare etiam a patria potestate, jam vero Monachismum non esse dignitatem. Sed forte conciliari poterunt hæ duæ opiniones, si distinguas inter effectus patriæ potestatis respectu filii odiosos & favorabiles, ita ut, non obstante monachismo, mane-

 ant

ant hi *per l. 56. §. 1. de Episc. & Cler.* illi vero per monachiſmum extinguantur per ea, quæ habet *Dn. Strub. in reſolut. ad exerc. 3. th. 67. p. 33.*

Emancipatio quomodo fiat?

XXIX. (4) Emancipatione, *quæ ſubinde & manumiſſio dicitur l. 16. §. 1. de inoff. teſt. l. 1. §. ult. Si a par. man. l. 3. §. 1. C. de bon. mat. §. 6. & 7. Inſt. quib. mod. jus. patr. pot. ſolv.* quæ ſublato antiquo ritu, *quo de in §. 6. Inſt. h. Ulp. tit. 10. §. 1. Cajus tit. 6. Theoph. ad d. §. 6. Dionyſ. Halic. lib. 2. (qui tamen trinam venditionem recte non intellexit. Vide I. Gothfr. ad L. XII. p. 202. ad verb. ſi pater.) Plin. 33. c. 3. Boeth. Top. Cic. 3.* vel imperiali reſcripto, *ex conſtitutione Anaſtaſii. l. pen. C. de emancip.* vel coram magiſtratu competente, ſcriptura interveniente, *l. fin. C. de emanc. §. 6. Inſt. h.* fieri ſolet. * *Quam adhuc hodie veram capitis diminutionem eſſe putamus. Nam de natura omnis capitis diminutionis eſt, ut caput aliquod vel e numero civium, vel familiarium tollatur. l. 3. pr. de cap. min. Ex hac ergo familiæ mutatione, * non ab imaginariis venditionibus, quæ meræ erant ceremonia, decidendi ratio petenda eſt. At hodie æque mutat familiam Emancipatus, fit ſui juris, non amplius adquirit patri, adhuc hodie eſt differentia inter ſuum & emancipatum. Vide Anton Fab. pr. t. 18. 4. & 9. Et hic effectus expreſſe non eſt abrogatus. Nec impedit, quod tutelam non retineat, & ſucceſſionem Nam & olim, lege Anaſtaſiana, ad ſpecialem petitionem emancipatio fieri potuit, legitimis juribus ſucceſſionum ac tutelarum ſalvis. l. 11. C. de legit. her. Confer. Wiſſenbach. diſp. ad Inſt. p. m. 55. th. 23. Vice verſa autem emancipatio ad unum duntaxat actum fieri nequit. Vide Jac. Cancerium 1. Reſol. 10. n. 10.* Denique & adoptione facta ab avo paterno, vel materno, *§. 9. Inſt. h. t. arg. §. 2. Inſt. de adopt.* Nec non expoſitione infantis, *quod Græcis eſt χυτρίζειν. Cujac. parat. C. de inf. expoſ.*

An hodie ſit vera capitis diminutio? Quidnam ſit de natura capitis diminutionis? An hodie differentia ſit inter ſuum & emancipatum? Adoptione ab avo paterno vel materno facta, ut & expoſitione infantis, jus P. P. ſolvitur.

AD THES. XXIX.

HODIE, VERAM] Quicquid ſit, de hac quæſtione ſufficiat, hodie effectum potiſſimum capitis deminutionis hujus, & ſcil. quod jus agnationis per eam tollatur *§. 3. Inſt. de legit. agnat. tut.* de jure Novell. eſſe ſublatum. Cæterum adhuc hodie emancipationem fieri poſſe, juxta ductum *§. 6. Inſt. quib. mod. jus pat. pot. ſolv. & l. fin. C. de emancip.* extra dubium eſt. Frequenti-

us

us tamen hodie tacite fit emancipatio per separatam Oeconomiam, aut per nuptias. *Vid. omnino Schulz. in syn. Inst. ad tit. quib. mod. jus pat. pot. solv. lit. d. ibique Beier. in not.* & quidem jure Saxon. in filia nuptiæ solæ sufficiunt, etiamsi in convictu patris manserit *Carpz. P. 2. const. 10. d. 2.* [illegible] filio vero separata Oeconomia præcise necessaria. *Carpz. d. l. def. 3.* Jure Civili vero nuptiæ patriam potestatem nunquam tollunt. *Vid. §. 2. Inst. ad SCtum Tertull.*

DISSERTATIO V.

De
Tutela & Cura.

RESPONDENTE
SEBASTIANO FRIDERICO Bieritz/ Custrin. Neomarch.

APHORISMVS I.

HActenus de personis alieni juris, sequuntur sui juris, quæ *vel in totum plena & integra libertate fruuntur, vel quadantenus restricta, ob ætatis judiciique defectum, propter quem rebus suis superesse non possunt, ut adeo* in *alterum* tutela vel cura *esse conveniat.* **Personæ sui juris duplicis generis sunt.**

II. *In tutela sunt impuberes.* Est autem tutela vis & potestas, *qui jus legunt, refutantur per §. 2 seq. Inst. h. ibi: qui eam vim & potestatem habent. Et glossæ Basilica δύναμιν vertunt. Ita junguntur hæc verba in l. 17. de LL. l. 7. C. de codic. in §. quorum, & §. adipiscenda. Inst. de Interd. Tull. 1. de N. Deor. Nec non apud alios bonos autores, Senecam de benef. 2.34. Tac. Hist. 3.11. de Orat. 19. 7. Hist. 2. 39 vis ac potestas astutiæ, apud Terent. Heaut. 4. 3.32.* In capite **Caput liberum pupillum**
libero, *pupillo per l. 1. pr. & §. 1. π. h. t. Ubi cum in pr. Paulus ex* **significat.**
Servio dixerat, tutelam esse in capite libero, statim, & quidem per particulam adversativam, §. 1. subjicit, tutores illos esse, qui haut, scilicet in capite libero, potestatem habeant. Quod frustra repeteretur, si caput liberum tutorem significaret. Deinde usitata & quasi propria περίφρασις pupilli Romanis fuit, caput liberum, ut ex Gel- **περίφρασις pu-**
lio, 5. 19. videre est. Ut verisimile sit Servium hac notione usum. Et **pilli apud Ro-**
Græci, ἐξουσίαν κατὰ ἐλευθέρας κεφαλῆς reddunt, quod est, in **manos fuit ca-**
ca- **put liberum.**

Digitized by Google

caput, super caput. Servius autem ἀρχαϊκῶς *in casu auferendi, qualia exempla plurima congessit Dn. Ungep. Exerc. Just. 4. c. 1. in N.* Ad tuendum eum, qui per ætatem seipse defendere nequit, jure civili data & promissa. *l. 1. pr. ff. §. 1. Inst. h. t.* Estque vel testamentaria, vel legitima, vel dativa.

Testamentaria tutela.

III. Testamentaria est, quando parentes liberis suis impuberibus in potestate constitutis. *§. 3. Inst. de tut. tam institutis, quam* exheredatis. l. 4. de test. tut. juncta l. si pater. 31. eod. tit. l. jure. 26. ff. d. t.* tam jam natis, quam qui adhuc in utero. *l. 153. de V. S. l. 7. ff. de St. hom.* *Exemplum est apud Suet. Iul. c. 83. ubi vide errorem Dionis ab eruditissimo Casaub. notatum. Sic Arcadius Theodosio filio tutorem Isdigerdam, Regem Persarum testamenti tabulis reliquit. Photius biblioth. vol. 63. p. 66. n. 30. Andronicus Iunior tutorem reliquit Cantacuzenum, Niceph. Greg. 9. si modo in ea causa sint, ut si vivis parentibus nascerentur, sui hered. s & in potestate eorum fierent. §. 4. Instit. de Tut. Sed quid ad l. 10. §. 2. de T. T.? Vulgo dicitur, ibi filio instituto substitutum nepotem. Qui casus nullam habebit disceptationem. Hæc ergo forte species: Testator filio instituto, nepoti dat tutorem. Filius moritur ante patrem. Videtur testamentum præteritione nepotis, jam agnascentis rumpi. Sed deciditur L. Iunia Velleja sustineri. l. Gallus. § 13. de lib. & post. Muret. sing. obss. c. ult. & ex eo Iacob Oisel. ad Cajum lib. 1. tit. 9. p. 115.* testamento, *vel codicillis testamento confirmatis. l. 3. de T. T.* constituunt tutores.

Illius exempla.

Explicat. l. 10. §. 2. de T. T.

Confirmatio tutorum est vel simplex vel aliud requirens?

IV. Ergo pater emancipato, & mater liberis tutores dare nequit. Dati tamen si fuerint, a Magistratu debent confirmari. *Quæ confirmatio vel simplex est, & nuda approbatio, qualis in datione paterna. Vel requirit aliud, & quidem vel inquisitionem, vel satisdationem. Inquisitionem in datione materna, si majores sint magistratus. l. 2. de confir. tut. l. 4. de T. T. Satisdationem, si minores l. 5. π. de confirm. tut. Denique & mater debet pupillum heredem instituere d. l. 4. de T. T. Non obstat l. 4. C. de T. T. Nam in versic. quando autem, tollenda omnino est negatio, quam nec veteres libri agnoscunt, nec Interpp. Græci.*

1

Emendatur lectio l. 4. C. de testament. tut.

AD

AD DISSERTAT. V.

AD THES. IV.

NON OBST. L. IV. C. DE T. T.] Quamvis non diffitendum sit ad violentam hanc respondendi rationem non facile fugiendum esse; tamen si veteres libri & interpretes Græci, uti Auctor innuit, negationem non agnoscunt, causam non video, cur auctoris responsio non sit arripienda, præprimis cum & eam suadeant verba initialia *d. l. 4.* & istæ, quæ alias afferri solent, conciliandi rationes, cum *d. l. 4.* sententia & contextu non adeo quadrent. Quod enim quidam respondent *d. l. 4.* loqui de eo casu, si mater liberis legata in testamento reliquerit, in quibus tutorem dedit, admitterem, si vel vestigium hujus responsionis in *d. l. 4.* appareret. Quod vero B. Eck. Collegium Argentorat. secutus *ad tit. de test. tutel.* §. 2. asserit hunc esse legis sensum, quod si mater liberos heredes non instituat, soleat Prætor ex sua (scil. Prætoris) voluntate eum confirmare, id satis aperte cum verbis *d. l. 4. solet ex voluntate defuncta*, pugnat.

V. Confirmati autem, testamentarii sunt, non dativi. *Etsi quandoque plus a testamento habeant, v. g. quando pater dedit tutorem filio emancipato, quia nuda sufficit confirmatio, citra inquisitionem, vel satisdationem. l. 11 ff. h. t. §. ult. Inst. de tut l. 1. § 2. ff. de confirm. tut. quandoque plus a confirmatione v. g. quando persona, quajus non habet dandi, tutorem dedit, veluti mater, patronus, patruus, quibus casibus aliquid requiritur amplius, præter simplicem confirmationem.* Confirmati tutores sunt testamentarii.

VI. Quod si filiis, vel filiabus tutores dati fuerint, nepotibus, vel neptibus dati non censentur. §. *ult. Inst. qui test. tut. dari. Quia nulla ratio in ejusmodi casu suadet, a proprietate sermonis recedere, & nimium gravare tutorem, secus atque in l. 39. de R. N. l. 2. §. 28. ad SC. Tert.* * *Postumi tamen comprehenduntur. l. 5 de T. T.* Sed si postumis dederit, non modo filiis: sed & cæteris liberis dedisse intelligitur. *l. 6. in fin. de T. T. d. §. ult. Inst. h.* vide omnino *l. 16. π. h. t. Si dixerit:* Meinen Kindern/ *etiam nepotibus dedisse censendus. Ita responsum a ICtis Ienensibus 19. Mart. anno 1603. Fowan. disp. 5. th. 12.* Si filiis vel filiabus tutores dati; nepotibus vel neptibus dati non censentur. Quare?

AD THES. VI.

NEPOTIBUS ET NEPTIBUS] Addit Moric. hodie avum nepoti tutorem in testamento dare non posse, sed absque textu aut præjudicio. Interim hæc assertio dijudicanda ex iis, quæ dicta sunt *ad Dissert. 4. th. 26.* hic, & con-

trariatur isti assertioni responsum Jenensium, cujus mentionem facit auctor hac thesi.

SI DIXERIT: Meinen Kindern.] De hoc nullum est dubium, quia hæc verba respondent Latinis, si liberis dederit: Liberorum autem nomine veniunt nepotes *§. 5. Inst. qui testam. tut. dari poss.*

Filii fam. tutores dari possunt.

Et cur?

VII. Tutores dari possunt omnes, cum quibus est testamenti factio *l. 21. ff. de test. tut.* sive patresfamilias sint, sive filii familias. *pr. Inst. qui. test. tut. dari. l. Lucius 21. ff. de adm. tut. Quoniam tutela publicum munus est. pr. Inst. de excus. tut. l. 2 de R. I. in quo filii familias pro patribus familiat. l. 9. ff. qui sunt sui. habentur. Et potest Princeps testamento tutorem dare hominem etiam plebejum. Carpz. 2. decis. 120.*

AD THES. VII.

ETIAM PLEBEIUM] Scil. qui non ex nobili sanguine ortus, sed tamen v. g. Jurisperitus, aut Principis Consiliarius est. *Carpz. d. dec. 120.* Non autem puto exinde ad quemvis plebejum, & qui vilis conditionis publicæque administrationis ignarus, concludere licere; potissimum si de Principibus Imperii sermo sit.

Servi proprii licet simpliciter dati directam libertatem consequuntur.

IIX. Et servi proprii quidem pure *§. 1. Inst. qui test. tut. dari:* Alieni nonnisi sub conditione; si liberi fuerint. *d. §. 1. Hi fideicommissariam, l. 10. §. ult. de test. tut. Illi, licet simpliciter dati, directam libertatem consequuntur. d. §. 1. l. 32. § ult. de test. tut. Cui objicitur lex 9. C. de fideicom. lib. ad quam conciliandam alii alia. Putamus cum Cujacio. 18. O. 5. liberum esse servo, vel e lege nona, sibi asserere fideicommissariam, vel ex d. §. 1. directam, per l. si quis. 56. ff. de manumiss. test. Ut jamdudum Thalel. Interpres Græcus d. l. 9. conciliat. Aliorum explicationes congessit Dn. Ungep. Exert. 4. q. 4. & 5. Fr. de Amaya 1. observ. 7. Utilitas autem hujus inquisitionis in eo, quod si servo directam defendemus, nullum habebit patronum, sed erit orcinus: Sin; manumissor consequetur in eo jus patronus. l. his quibus. 7. C. de fideic. lib. l. directis. 10. de test. man.*

Utilitas inquisitionis, an servus directam an fideicommissariam libertatem consequatur, quæ

AD THES. IIX.

CUI OBJICITUR L. IX. C. DE FIDEICOMM.) Nescio, an recte se habeat responsio Auctoris, quia *l. 56. ff. de manum. test.* loquitur de speciali casu, ubi dominus verbis, & directis, & precariis, servo libertatem dederat, extra quem casum non videtur porrigenda servi electio, cum in ultimis voluntatibus non ad arbitrium tertii, sed ad defuncti voluntatem, soleamus respicere.

Quia

Quin potius placet responsio aliorum, dicentium *l. 5. C.* loqui de casu isto, ubi precaria verba adhibuerit testator, vel de servo tutore in codicillis dato. *Vid. Strub. resol. ad exerc. 3. th. 16. p. m. 424.* ubi *pag. seq.* refert etiam responsionem Fr. Amayæ, quæ non placet, cum diversi respectus h. l. non videantur applicari posse, quoniam scil. incongruum est unum eundemque servum & habere patronum, & nullum habere. Ergo & incongruum erit dicere libertatem ipsi datam diverso respectu directam esse, & fideicommissariam.

In testamento Aristotelis tutores ad certum tempus dati? Tutor & rei & certæ rei per consequens datur.

IX. Dantur testamento tutores vel ad certum tempus, *ut in testamento Aristotelis ap. Diog. Laërt. notante ICto incomparabili, Fabrotto, not. ad Theoph. p. m. 118.* vel ex certo tempore, vel sub conditione. *§. 6. Inst. qui test. tut. dari, vide Aphorismum seq.* vel ad conditionem. *l. tutor. 8. §. 2. de test. tut. & in §. sed etsi, quib. mod. tut. fin.* Certæ autem rei vel causæ dari nequeunt. *§. 3. & 4. Inst. qui test. tut. dari. Nempe ea ratione, qua nec rei dari potest. Sed quo modo tutor datur rei, nempe per consequens: Eo & datur rei certæ, quod collige ex §. 4. Instit. qui test. tut. Hinc datur rei Asiaticæ aut Syriacæ. l. 15. de T. T. impuberi ad hereditatem adeundam. l. 9. de tut. & cur. dat. Si pupillo restituenda sit hereditas a tutore legitimo. l. 13. pr. de Tut. & cur. dat.*

Legitima tutela cur sic vocatur? Quid sit?

X. Legitima tutela *qua ita vocatur non exclusive, quasi reliquæ species essent illegitimæ: sed eminenter propter causam proximam, quæ est lex,* est, quam deficiente testamentaria, *quia quamdiu hæc speratur, cessat legitima. l. 11. ff. de test. tut. Ita autem deficere debet testamentaria, ut nec amplius ejus spes sit. Etenim ubi v. g. testator tutorem dedit sub conditione, nec dum legitimæ locus est: sed dativæ. l. si quis 11. in pr. de test. tut. quia legitimus semel tutor factus, non cedit alii, cedit autem dativus. Quid? si post susceptam tutelam tutor testamentarius moritur, an locus erit legitimæ tutelæ: Affirmat Donellus. 3. 6. Dissent. Wesemb. & Borcholt. ad §. quod autem. 2. Inst. de legit. agn. tut.* Lex ipsa. *12. tabb. de pr. Inst. l. 1. pr. de legit. tut.* Proximis pupilli successoribus defert. *l. 73. pr. de R. J. l. 1. ff. de legit. tut.*

AD THES. X.

AN LOCUS ERIT LEGITIMÆ TUTELÆ] Similis est quæstio: de tutore ad certum tempus, vel conditionem, dato, an ei succedere debeat legitimus, an

 dati-

dativus? Res omnis sita est in recta explicatione *d. l. 11. de testam. tut.* In ejus quippe *princ.* regulæ loco ponitur: *Legitimum tutorem cessare, quamdiu testamentaria tutela speratur.* Ergo forte concludere licebit a contrario, si tutela testamentaria non amplius speratur, admittetur tutor legitimus. Jam quid si tutor, ad quem semel testamentaria tutela devoluta est, postea se ab eadem excuset, aut removeatur? Videtur legitimus tutor succedere, quia scil. post excusationem, aut remotionem, tutela testamentaria non amplius speratur, sed in totum desiit. Verum respondet JCtus *d. l. 11. §. 1. & 2.* argumento hoc non obstante, dari debere tutorem a Magistratu. Sed quæ ratio? Duplex se hic via aperit, a cujus recta dijudicatione propositarum quoque quæstionum decisio dependet. (1) Si dicamus in verbis d. §. 1. *si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela* &c. assertionis istius rationem consistere per novam regulam, cujus sensus sit: *Quotiescunque tutela jam semel ad testamentarium devoluta fuerit, toties, si postea ex quacunque causa deponat tutelam, dativum tutorem debere succedere,* atque ad hanc regulam declarandam JCtum afferre tantum exempli loco tutorem se excusantem, aut remotum, præter eos vero etiam tutorem ad certum tempus, vel conditionem, datum, tum quoque tutorem post testatorem mortuum ad istam spectare regulam. Et itaque secundum hanc explicationem tutoribus hujusmodi, quia jam ad eos semel tutela devoluta est, non legitimus tutor succedit, sed dativus, *arg. l. 11. §. 1. jun. §. 2. Inst. de legit. agnat. tut.* Nec obstabit huic explicationi, quoad tutorem defuncto testatore mortuum, *§. 3. ejusdem l. 11.* Etsi enim in eo verbis generalibus dicatur: tutore testamentario mortuo, ad legitimum tutelam redire; verba tamen generalia restringenda erunt ex *d. §. 2. Inst.* ad eum casum, si vivo testatore decesserit, quia scil. tunc tutela testamentaria ad tutorem istum nondum est devoluta *per d. l. 11. §. 1.* Longe aliter res procedet, si hac explicatione §. 1. rejecta, pergamus ad alteram. Poterunt quippe (2) verba *d. §. 1. si semel &c.* ita exponi, ut non ratio decisionis in eis sita sit, nec regulam novam faciant, sed tantum ad casum ibi propositum spectent, ut sensus sit, tutore testamentario, qui semel tutelam suscepit, remoto, aut se excusante, dativum succedere non ideo, quia semel locum habuit testamentaria, sed ex alia ratione, quia scil. specialissime isti casus per SCtum quoddam a regula generali in *pr. l. 11.* contenta erant exemti. Cui explicationi favent verba *§. 3. d. l. 11. quia hic SCtum cessat, jun. l. 17. ff. de tut.* quo pacto *d. §. 1. & 2.* tanquam de casibus specialibus & de exceptione loquentes ad alios non erunt extendendi, & ita tutori ad certum tempus, aut conditionem, dato, item illi, qui post susceptam tutelam moritur, succedet non dativus, sed legitimus, quia in his regula *d. pr. l. 11.* locum habet, quod scil. in his casibus non amplius speretur tutela testamentaria. Jam quid in hac sententiarum diversitate dicemus? Si, uti in aliis ultimarum voluntatum quæstionibus, ex voluntate testatoris res definienda foret

ret (in quam sententiam inclinat Locam. *quæst. Just. 49. & 50.*) dici posse, casus istos, quibus tutela semel suscepta a tutore testamentario ante pubertatem pupilli deponitur, discernendos esse; Aut enim de eo casu testator in testamento probabiliter cogitavit, aut non cogitavit. Si de eo cogitaverit ipse, ut si ad certum tempus, vel conditionem, dedit, præsumtio etiam est, quod tutores legitimos tantum ad illud tempus, aut conditionem, a tutela voluerit excludere, & ergo finito tempore, aut præsente conditione, tutori testamentario succedere debebunt legitimi; si vero casus a testatore prævideri non poterat; ut si tutor post susceptam tutelam se excuset, aut removeatur, aut etiam moriatur, tum quia absolute testator legitimos voluit excludere, in residuum tempus tutores a Magistratu dari debere videntur *d. §. 1. & 2.* Alia vero ratio tunc esset ejus tutoris, qui vivo testatore defunctus est. Nam tum testator si novum non dederit, videretur a voluntate priori recessisse, qua propter merito legitimus tunc succederet *§. 3. l. 11.* Verum quod in præsenti materia leges non ad solam voluntatem testatorum respexerint, indicio est *pr. d. l. 11.* ubi tutore ex certo tempore, vel conditione, dato, interim non legitimus tutelam administrat, sed dativus, cum tamen testator legitimum ex isto tempore, vel conditione adscripta solum videatur a tutela removere voluisse. Item quid si tutor testamento datus, antequam suscipiat tutelam, se excuset? & hic ex ratione allata, quoniam defunctus casum hunc prævidere non poterat, & absolute legitimum excluserat, dativo tutela deferri debebat, cum tamen hæc definitio legibus civilibus parum sit congrua, tum propter verba: *si semel &c. d. §. 1. l. 11. d. §. 2.* tum propter *§. 2. de legit. agn. tut. jun. pr. Inst. de hered. quæ ab intest. verb. ex eo nemo heres extiterit.* Quapropter ut dicam, quid sentiam, primam explicationem *d. l. 11.* & dispositioni juris civilis, & ejus rationi, optime convenire arbitror, idque breviter ita demonstro. Legitima tutela locum habet tunc demum, si quantum ad tutelam pertinet, defunctus intestatus decesserit *d. §. 2. de legit. agn. tut.* Nota vero est in materia intestati regula: neminem pro parte ex testamento, pro parte ab intestato posse decedere. Hanc regulam & in materia præsenti obtinere puto, & rationem esse totius *l. 11. de T. T.* Inde ergo est, quod *in pr. d. l. 11.* tutore sub conditione, vel ex certo tempore dato, quia speratur effectus testamenti, legitimi tutores, tanquam ab intestato venientes, non admittantur, sed interim a Magistratu, qui loco defuncti, ipsius voluntatem supplet, alius detur. Inde porro est, quod si semel tutela testamentaria locum habuerit, nec ea deficiente, admittantur legitimi, sive removeatur tutor, sive se excuset *§. 1. & 2. d. l. 11.* sive etiam post testatorem moriatur *arg. §. 2. Inst. de leg. agn. tut.* modo & tunc tutela ad ipsum jam semel devoluta sit, *arg. §. 3. d. l. 11.* dissentit Locam. *quæst. Just. 50.*) sive denique ad certum tempus, aut conditionem, tutor

 testa-

testamentarius tutelam administraverit (dissentit iterum Locam. p. 49.) ob rationis identitatem, ad quam procul dubio respexerunt SCta, tutore post susceptam tutelam se excusante, aut remoto, agnatos removentia; quæ ratio cum non adsit in eo tutore, qui vivo testatore decessit, *d. §. 2. Inst. de legit. agn. tut.* perspicuum jam est, cur JCtus §. 3. *l. 11.* dicat ad legitimam tutelam redire, quia hic SCtum cesset. Ex hac ratione definiri poterit & illa quæstio: Quid si tutor testamentarius deportetur? Legitimum ad tutelam admitti asserit Ludw. *exerc. 3. th. 9. lit. a.* negat Brunnem. *exerc. 9. ad §. 2. Inst. de leg. agn. tut. p. 29. Paulus Voët. ad d. §. 2. p. m. 257.* Ego similiter; si vivo testatore, vel ante susceptam tutelam deportetur, puto legitimum esse audiendum, quia res devenit ad causam intestati; si vero, suscepta tutela, civis esse desinat, aut etiam ante susceptam tutelam unus testamento datus decedat, viventibus tamen aliis simul in testamento datis; a Magistratu, ob allatam rationem, alius dari debebit, & ita intelligo *d. l. 11. §. ult.* Non ignota equidem mihi est distinctio Bachovii *ad d. §. 2. Inst. de leg. agn. tut.* quem etiam sequitur Paulus Voët. *l. c.* qui, ut §. 3. *d. L. 11.* cum §. 1. & 2. ibid. concilient, discrimen esse ajunt: an testamentaria tutela semel suscepta finiatur quasi ex natura sua, v. g. morte testatoris, ubi succedat legitimus, an vero finiatur, interveniente facto Magistratus, tum non legitimæ, sed dativæ locum esse, v. g. si tutor remotus sit, aut se excusaverit. Verum ut taceam hanc distinctionem nulla ratione niti, & Bachovium ipsum ad commune ignorantiæ asylum, *legem scil. non omnium ff. de LL.* confugere, dum *d. l.* concedit, *non solidam & certam rationem in hujusmodi casibus semper dari posse, cum nec ipse JCtus ad rationem, sed ad SCtum provocet*, illud insuper inconveniens exinde video emergere, quod in applicatione distinctionis illius ad casum de tutore deportato hæreat aqua Bachovio, cui quidem Voët. *d. l.* tutorem dativum, non legitimum succedere ait, quia nempe & hic tutela non natura sua, sed accedente Magistratus facto, finiatur; Bachovius vero cum hanc applicationem *d. l. 11. §. ult.* non adeo bene convenire sentiat, contrariam opinionem, & legitimo quoque in hoc casu tutelam deferendam esse, amplectitur. Quibus dubiis omnibus haud est opus, si ex nostra hypothesi §. 3. *d. l. 11.* restringas secundum ductum §. 2. *de leg. agn. tut.* ad tutorem, vivo testatore mortuum. Neque enim hoc præsupposito SCtum, cujus fit mentio in *l. 11.* ratione sua (præsumendum quippe est tam diu leges ratione niti, donec contrarium ostendatur) destituetur; neque in applicatione hypotheseos nostræ ad casum de tutore deportato, uti supra ostensum, ulla difficultas oritur. Nihil ergo superest, quam ut respondeatur *ad l. 6. ff. de legit. tut.* ex qua cum aliis Bachov. d. l. evincere vult §. 3. *d. l. 11.* etiam de casu, si tutor te-

sta-

mento datus post semel susceptam tutelam moriatur, intelligendum esse. Sed si accurate d. l. inspiciamus, id quidem exinde demonstrari nequit. Præmittit enim & Paulus ibidem regulam: *Intestato parente mortuo agnatis deferri tutelam.* Postea vero ostendit, quando dicatur pater esse intestato mortuus; & addit: *Idem dicimus* (scil. patrem intestato mortuum esse) *si tutor testamento datus, adhuc filio impubere manente, decesserit: nam tutela ejus ad agnatum revertitur.* Jam si hæc verba de tutore post mortem testatoris adhuc vivente, & demum suscepta tutela mortuo, intelligas, minime dici poterit: patrem intestato mortuum esse, si tempore mortis ejus tutor vixit non solum, sed etiam tutelam suscepit. Concludo, & de hac tota controversia, atque præprimis de explicatione mea, judicium Peritiorum expecto. *Adde Huber. ad Inst. p. 40. & 49.*

XI. *Tutela enim tam testamentaria, quam legitima, exemplo hereditatum defertur, testamentaria quidem ei, quo cum testator habuerit testamenti factionem, l. 21. de test. tut. Legitima vero, cui eadem lex delatura esset hereditatem pupilli, si vel in ea ætate, vel quo alio tempore intestatus decederet. d. l. 1. de legit. tut.* Ibi ratio.

XII. Defert eam lex vel verbis & sententia: vel sententia sola. Verbis & sententia agnatis. *l. 1. & passim π. de legit. tut. Qui sunt cognati per virilem sexum descendentes, ejusdem familiæ veluti patres, fratres, filii, patrui, patrueles, adde l. 5. Unde leg. (Hinc mater mea mihi non est agnata pr. Inst. de SC. Tertull.) Ne impedit, quod matris meæ patruus, patruus meus magnus. l. 10. §. 14. ff. de grad. Et amita matris, amita mea magna. d. l. 10. §. 15. Nam illi patrui & amitæ cognati sunt. Nec filius sororis mihi agnatus est. §. eos. 2. Inst. de success. cog. Quamvis secus visum sit Ferrario per §. hos. 4. Inst. de legit. agnat. success. Hinc ICti Ienenses d. 31. Aug. ann. 1606. filium ex sorore natum excludendum responderunt a petitione rerum expeditoriarum. Fomann. diss. 5. th. 15.* ex ratione successionis, *quæ proponitur Inst. de leg. patr. tut. in fin.* sententia *& mente* sola, per consequentiam nempe delatæ hereditatis, patronis & eorum liberis in libertos impuberes. Agnati quid?

XIII. Ita Agnatis? *qui L. XII. tabb. post suos soli, cognatis exclusis, vocantur, de quo infra Inst. de leg. agn. succ.* Sed *postquam ex prærogativa gradus Iustinianus voluit cognatos aut concurrere*

cum

caput, super caput. Servius autem δεξιῶς *in casu auferendi, qualia exempla plurima congessit Dn. Ungep. Exerc. Just. 4. c. 1. th N.* Ad tuendum eum, qui per ætatem seipse defendere nequit, jure civili data & promissa. *l. 1. pr. ff. §. 1. Inst. h. t.* Estque vel testamentaria, vel legitima, vel dativa.

Testamentaria tutela.

III. Testamentaria est, quando parentes liberis suis impuberibus in potestate constitutis. *§. 3. Inst. de tut. tam institutis, quam* exheredatis. l. 4. de test. tut. juncta l. si pater. 31. eod. tit. l. jure. 26. ff. d. t.* tam jam natis, quam qui adhuc in utero. *l. 153. de V. S. l. 7. ff. de St. hom.*

Illius exempla.

Exemplum est apud Suet. Iul. c. 83. ubi vide errorem Dionis ab eruditissimo Casaub. notatum. Sic Arcadius Theodosio filio tutorem Isdigerdam, Regem Persarum testamenti tabulis reliquit. Photius biblioth. vol. 63. p. 66. n. 30. Andronicus Iunior tutorem reliquit Cantacuzenum. Niceph. Greg. 9. si modo in ea causa sint, ut si vivis parentibus nascerentur, sui heredes & in potestate eorum fierent. §. 4. Instit. de Tut.

Explicat. l. 10. §. 2. de T. T.

Sed quid ad l. 10. §. 2. de T. T.? Vulgo dicitur, ibi filio instituto substitutum nepotem. Qui casus nullam habebit disceptationem. Hæc ergo forte species: Testator filio instituto, nepoti dat tutorem. Filius moritur ante patrem. Videtur testamentum præteritione nepotis, jam agnascentis rumpi. Sed decidit ur L. Iunia Velleja sustineri. l. Gallus. § 13. de lib. & post. Muret. sing. obs. c. ult. & ex eo Iacob Oisel. ad Cajum lib. 1. tit. 9. p. 115. testamento, *vel codicillis testamento confirmatis. l. 3. de T. T.* constituunt tutores.

Confirmatio tutorum est vel simplex vel aliud requirens?

IV. Ergo pater emancipato, & mater liberis tutores dare nequit. Dati tamen si fuerint, a Magistratu debent confirmari. *Quæ confirmatio vel simplex est, & nuda approbatio, qualis in datione paterna. Vel requirit aliud, & quidem vel inquisitionem, vel satisdationem. Inquisitionem in datione materna, si majores sint*

1

magistratus. l. 2. de confir. tut. l. 4. de T. T. Satisdationem, si minores l. 5. π. de confirm. tut. Denique & mater debet pupillum heredem instituere d. l. 4. de T. T. Non obstat l. 4. C. de T. T. Nam in versic. quando autem, tollenda omnino est negatio, quam nec veteres libri agnoscunt, nec Interpp. Græci.

Emendatur lectio l. 4. C. de testament. tut.

AD

AD DISSERTAT. V.

AD THES. IV.

NON OBST. L. IV. C. DE T. T.] Quamvis non diffitendum sit ad violentam hanc respondendi rationem non facile fugiendum esse; tamen si veteres libri & interpretes Græci, uti Auctor innuit, negationem non agnoscunt, causam non video, cur auctoris responsio non sit accipienda, propriis cum & eam suadeant verba initialia *d. l. 4.* & istæ, quæ alias afferri solent, conciliandi rationes, cum *d. l. 4.* sententia & contextu non adeo quadrent. Quod enim quidam respondent *d. l. 4.* loqui de eo casu, si mater liberis legata in testamento reliquerit, in quibus tutorem dedit, admitterem, si vel vestigium hujus responsionis in *d. l. 4.* appareret. Quod vero B. Eck. Collegium Argentorat. secutus *ad tit. de test. tutel. §. 7.* asserit hunc esse legis sensum, quod si mater liberos heredes non instituat, soleat Prætor ex sua (scil. Prætoris) voluntate eum confirmare, id satis aperte cum verbis *d. l. 4. solet ex voluntate defuncta*, pugnat.

V. Confirmati autem, testamentarii sunt, non dativi. *Etsi quandoque plus a testamento habeant, v. g. quando pater dedit tutorem filio emancipato, quia nuda sufficit confirmatio, citra inquisitionem, vel satisdationem. l. 11 ff. h. t. §. ult. Inst. de tut. l. 1. § 2. ff. de confirm. tut. quandoque plus a confirmatione v. g. quando persona, qua jus non habet dandi, tutorem dedit, veluti mater, patronus, patruus, quibus casibus aliquid requiritur amplius, præter simplicem confirmationem.* Confirmati tutores sunt testamentarii.

VI. Quod si filiis, vel filiabus tutores dati fuerint, nepotibus, vel neptibus dati non censentur. §. *ult. Inst. qui test. tut. dari. Quia nulla ratio in ejusmodi casu suadet, a proprietate sermonis recedere, & nimium gravare tutorem, secus atque in l. 59. de R. N. l. 2. §. 28. ad SC. Tert.* * *Postumi tamen comprehenduntur. l. 5. de T. T.* Sed si postumis dederit, non modo filiis: sed & cæteris liberis dedisse intelligitur. *l. 6. in fin. de T. T. d. §. ult. Inst. h.* vide omnino *l. 16. π. h. t. Si dixerit:* Meinen Kindern; *etiam nepotibus dedisse censendus. Ita responsum a ICtis Ienensibus 19. Mart. anno 1603. Foman. disp. 5. th. 12.* Si filiis vel filiabus tutores dati; nepotibus vel neptibus dati non censentur. Quare?

AD THES. VI.

NEPOTIBUS ET NEPTIBUS] Addit Notic. hodie avum nepoti tutorem in testamento dare non posse, sed absque textu aut præjudicio. Interim hæc assertio dijudicanda ex iis, quæ dicta sunt *ad Dissert. 4. th. 26.* hic, & con-

trariatur isti assertioni responsum Jenensium, cujus mentionem facit auctor hac thesi.

SI DIXERIT: MEINER KINDERN.] De hoc nullum est dubium, quia hæc verba respondent Latinis, si liberis dederit: Liberorum autem nomine veniunt nepotes *§. 5. Inst. qui testam. tut. dari poss.*

Filii fam. tutores dari possunt.

VII. Tutores dari possunt omnes, cum quibus est testamenti factio *l. 21. ff. de test. tut.* sive patresfamilias sint, sive filii familias. *pr. Inst. qui. test. tut. dari. l. Lucius 21. ff. de adm. tut.*

Et cur?

Quoniam tutela publicum munus est. pr. Inst. de excus. tut. l. 2 de R. I. in quo filii familias pro patribus familias. l. 9. ff. qui sunt sui. habentur. Et potest Princeps testamento tutorem dare hominem etiam plebejum. Carpz. 2. decis. 120.

AD THES. VII.

ETIAM PLEBEIUM] Scil. qui non ex nobili sanguine ortus, sed tamen v. g. Jurisperitus, aut Principis Consiliarius est. *Carpz. d. dec. 120.* Non autem puto exinde ad quemvis plebejum, & qui vilis conditionis publicæque administrationis ignarus, concludere licere; potissimum si de Principibus Imperii sermo sit.

Servi proprii licet simpliciter dati directam libertatem consequuntur.

IIX. Et servi proprii quidem pure *§. 1. Inst. qui test. tut. dari*: Alieni nonnisi sub conditione; si liberi fuerint. *d. §. 1. Hi fideicommissariam, l. 10. §. ult. de test. tut. Illi, licet simpliciter dati, directam libertatem consequuntur. d. §. 1. l. 32. § ult. de test. tut. Cui objicitur lex 9. C. de fideicom. lib. ad quam conciliandam alii alia. Putamus cum Cujacio. 18. O. 5. liberum esse servo, vel e lege nona, sibi asserere fideicommissariam, vel ex d. §. 1. directam, per l. si quis. 56. ff. de manumiss. test. Ut jamdudum Thalel. Interpres Græcus d. l. 9. conciliat. Aliorum explicationes congessit Du. Ungep. Exerc. 4. q. 4. & 5. Fr. de Amaya 1. observ. 7.*

Utilitas inquisitionis, an servus directam an fideicommissariam libertatem consequatur, quæ.

Utilitas autem hujus inquisitionis in eo, quod si servo directam defendemus, nullum habebit patronum, sed erit orcinus: Sin; manumissor consequetur in eo jus patronus. l. his quibus. 7. C. de fideic. lib. l. directis. 10. de test. man.

AD THES. IIX.

CUI OBJICITUR L. IX. C. DE FIDEICOMM.) Nescio, an recte se habeat responsio Auctoris, quia *l. 56. ff. de manum. test.* loquitur de speciali casu, ubi dominus verbis, & directis, & precariis, servo libertatem dederat, extra quem casum non videtur porrigenda servi electio, cum in ultimis voluntatibus non ad arbitrium tertii, sed ad defuncti voluntatem, soleamus respicere.

Quia

Quin potius placet responsio aliorum, dicentium *l. 9. C.* loqui de casu isto, ubi precaria verba adhibuerit testator, vel de servo tutore in codicillis dato. *Vid. Struv. resol. ad exerc. 3. th. 16. p. m. 424.* ubi *pag. seq.* refert etiam responsionem Fr. Amayæ, quæ non placet, cum diversi respectus h. l. non videantur applicari posse, quoniam scil. incongruum est unum eundemque servum & habere patronum, & nullum habere. Ergo & incongruum erit dicere libertatem ipsi datam diverso respectu directam esse, & fideicommissariam.

IX. Dantur testamento tutores vel ad certum tempus, *ut in testamento Aristotelis ap. Diog. Laërt. notante ICto incomparabili, Fabrotto, not. ad Theoph. p. m. 118.* vel ex certo tempore, vel sub conditione. *§. 6. Inst. qui test. tut. dari, vide Aphorismum seq.* vel ad conditionem. *l. tutor. 8. §. 2. de test. tut. & in §. sed etsi, quib. mod. tut. fin.* Certæ autem rei vel causæ dari nequeunt. *§. 3. & 4. Inst. qui test. tut. dari. Nempe ea ratione, qua nec rei dari potest. Sed quo modo tutor datur rei, nempe per consequens: Eo & datur rei certæ, quod colligo ex §. 4. Instit. qui test. tut. Hinc datur rei Asiaticæ aut Syriacæ. l. 15. de T. T. impuberi ad hereditatem adeundam. l. 9. de tut. & cur. dat. Si pupillo restituenda sit hereditas a tutore legitimo. l. 13. pr. de Tut. & cur. dat.*

In testamento Aristotelis tutores ad certum tempus dati? Tutor & rei & certæ rei per consequens datur.

X. Legitima tutela *quæ ita vocatur non exclusive, quasi reliquæ species essent illegitimæ: sed eminenter propter causam proximam, quæ est lex, est,* quam deficiente testamentaria, *quia quamdiu hæc speratur, cessat legitima. l. 11. ff. de test. tut. Ita autem deficere debet testamentaria, ut nec amplius ejus spes sit. Etenim ubi v. g. testator tutorem dedit sub conditione, nec dum legitimæ locus est: sed dativæ. l. si quis 11. in pr. de test. tut. quia legitimus semel tutor factus, non cedit alii, cedit autem dativus. Quid? si post susceptam tutelam tutor testamentarius moritur, an locus erit legitimæ tutelæ? Affirmat Donellus. 3. 6. Dissent. Wesenb. & Borcholt. ad §. quod autem. 2. Inst. de legit. agn. tut.* Lex ipsa, *12. tabb. de pr. Inst. l. c. pr. de legit. tut.* Proximis pupilli successoribus defert. *l. 73. pr. de R. I. l. 1. ff. de legit. tut.*

Legitima tutela cur sic vocetur? Quid sit?

AD THES. X.

AN LOCUS ERIT LEGITIMÆ TUTELÆ] Similis est quæstio: de tutore ad certum tempus, vel conditionem, dato, an ei succedere debeat legitimus, an

dativus? Res omnis sita est in recta explicatione *d. l. 11. de testam. tut.* In ejus quippe *princ.* regulæ loco ponitur: *Legitimam tutelam cessare, quam diu testamentaria tutela speratur.* Ergo forte concludere licebit a contrario, si tutela testamentaria non amplius speratur, admittetur tutor legitimus. Jam quid si tutor, ad quem semel testamentaria tutela devoluta est, postea se ab eadem excuset, aut removeatur? Videtur legitimus tutor succedere, quia scil. post excusationem, aut remotionem, tutela testamentaria non amplius speratur, sed in totum desiit. Verum respondet JCtus *d. l. 11. §. 1. & 2.* argumento hoc non obstante, dari debere tutorem a Magistratu. Sed quæ ratio? Duplex se hic via aperit, a cujus recta dijudicatione propositarum quoque quæstionum decisio dependet. (1) Si dicamus in verbis d. §. 1. *si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela* &c. assertionis istius rationem consistere per novam regulam, cujus sensus sit: *Quotiescunque tutela jam semel ad testamentarium devoluta fuerit, toties, si postea ex quacunque causa deponat tutelam, dativum tutorem debere succedere,* atque ad hanc regulam declarandam JCtum afferre tantum exempli loco tutorem se excusantem, aut remotum, præter eos vero etiam tutorem ad certum tempus, vel conditionem, datum, tum quoque tutorem post testatorem mortuum ad istam spectare regulam. Et itaque secundum hanc explicationem tutoribus hujusmodi, quia jam ad eos semel tutela devoluta est, non legitimus tutor succedit, sed dativus, *arg. l. 11. §. 1. jun. §. 2. Inst. de legit. agnat. tut.* Nec obstabit huic explicationi, quoad tutorem defuncto testatore mortuum, *§. 3. ejusdem l. 11.* Etsi enim in eo verbis generalibus dicatur: tutore testamentario mortuo, ad legitimum tutelam redire; verba tamen generalia restringenda erunt ex *d. §. 2. Inst.* ad eum casum, si vivo testatore decesserit, quia scil. tunc tutela testamentaria ad tutorem istum nondum est devoluta *per d. l. 11. §. 1.* Longe aliter res procedet, si hac explicatione §. 1. rejecta, pergamus ad alteram. Poterunt quippe (2) verba *d. §. 1. si semel &c.* ita exponi, ut non ratio decisionis in eis sita sit, nec regulam novam faciant, sed tantum ad casum ibi propositum spectent, ut sensus sit, tutore testamentario, qui semel tutelam suscepit, remoto, aut se excusante, dativum succedere non ideo, quia semel locum habuit testamentaria, sed ex alia ratione, quia scil. specialissime isti casus per SCtum quoddam a regula generali in *pr. l. 11.* contenta erant exemti. Cui explicationi favent verba §. 3. *d. l. 11. quia hic SCtum cessat, jun. l. 17. ff. de tut.* quo pacto *d. §. 1. & 2.* tanquam de casibus specialibus & de exceptione loquentes ad alios non erunt extendendi, & ita tutori ad certum tempus, aut conditionem, dato, item illi, qui post susceptam tutelam moritur, succedet non dativus, sed legitimus, quia in his regula *d. pr. l. 11.* locum habet, quod scil. in his casibus non amplius speretur tutela testamentaria. Jam quid in hac sententiarum diversitate dicemus? Si, uti in aliis ultimarum voluntatum quæstionibus, ex voluntate testatoris res definienda foret

rer

ret (in quam sententiam inclinat Locam. *quæst. Just. 49. & 50.*) dici posset, casus istos, quibus tutela semel suscepta a tutore testamentario ante pubertatem pupilli deponitur, discernendos esse; Aut enim de eo casu testator in testamento probabiliter cogitavit, aut non cogitavit. [illegible] de eo cogitaverit ipse, ut si ad certum tempus, vel conditionem, dedit, præsumtio etiam est, quod tutores legitimos tantum ad illud tempus, aut conditionem, a tutela voluerit excludere, & ergo finito tempore, aut præsente conditione, tutori testamentario succedere debebunt legitimi; si vero casus a testatore prævideri non poterat; ut si tutor post susceptam tutelam se excuset, aut removeatur, aut etiam moriatur, tum quia absolute testator legitimos voluit excludere, in residuum tempus tutores a Magistratu dari debere videntur *d. §. 1. & 2.* Alia vero ratio tunc esset ejus tutoris, qui vivo testatore defunctus est. Nam tum testator si novum non dederit, videretur a voluntate priori recessisse, qua propter merito legitimus tunc succederet *§. 3. d. l. 11.* Verum quod in præsenti materia leges non ad solam voluntatem testatorum respexerint, indicio est *pr. d. l. 11.* ubi tutore ex certo tempore, vel conditione, dato, interim non legitimus tutelam administrat, sed dativus, cum tamen testator legitimum ex isto tempore, vel conditione adscripta solum videatur a tutela removere voluisse. Item quid si tutor testamento datus, antequam suscipiat tutelam, se excuset? [illegible] hic ex ratione allata, quoniam defunctus casum hunc prævidere non poterat, [illegible] absolute legitimum excluserat, dativo tutela deferri debebat, cum tamen hæc definitio legibus civilibus parum sit congrua, tum propter verba: *si semel &c. d. §. 1. l. 11. d. t. t.* tum propter [illegible] *2. de legit. agn. tut. jun. pr. Inst. de hered. quæ ab intest. verb. ex eo nemo heres extiterit.* Quapropter ut dicam, quid sentiam, primam explicationem *d. l. 11.* & dispositioni juris civilis, [illegible] ejus rationi, optime convenire arbitror, idque breviter ita demonstro. Legitima tutela locum habet tum demum, si quantum ad tutelam pertinet, defunctus intestatus decesserit *d. §. 2. de legit. agn. tut.* Nota vero est in materia intestati regula: neminem pro parte ex testamento, pro parte ab intestato posse decedere. Hanc regulam & in materia præsenti obtinere puto, & rationem esse totius *l. 11. de T. T.* Inde ergo est, quod *in pr. d. l. 11.* tutore sub conditione, vel ex certo tempore dato, quia speratur effectus testamenti, legitimi tutores, tanquam ab intestato venientes, non admittantur, sed interim a Magistratu, qui loco defuncti, ipsius voluntatem supplet, alius detur. Inde porro est, quod si semel tutela testamentaria locum habuerit, nec ea deficiente, admittantur legitimi, sive removeatur tutor, sive se excuset *§. 1. & 2. d. l. 11.* sive etiam post testatorem moriatur *arg. §. 2. Inst. de leg. agn. tut.* modo & tunc tutela ad ipsum jam semel devoluta sit, *arg. § 1. d. l. 11.* dissentit Locam. *quæst. Just. 50.*) sive denique ad certum tempus, aut conditionem, tutor testa-

nimirum ditus post semel susceptam tutelam moritur; intelligendum esse. Sed si accuratè d. l. inspiciamus, id quidem exinde demonstrari nequit. Præmittit enim & Paulus ibidem regulam: *Intestato parente mortuo agnatis deferri tutelam.* Postea vero ostendit, quando dicatur pater esse intestato mortuus: [illegible] addit: *Idem dicimus* (scil. patrem intestato mortuum esse) *si tutor testamento datus, adhuc filio impubere manente, decesserit: nam tutela ejus ad agnatum revertitur.* Jam si hæc verba de tutore post mortem testatoris adhuc vivente, & demum suscepta tutela mortuo; intelligas, minime dici poterit: patrem intestato mortuum esse, si tempore mortis ejus tutor vixit non solum, sed etiam tutelam suscepit. Concludo, & [illegible] hac tota controversia, atque præprimis de explicatione mea, judicium Peritiorum expecto. *Adde Huber. ad Inst. p. 41. & 46.*

XI. *Tutela enim tam testamentaria, quam legitima; exemplo hereditatum deferuntur, testamentaria quidem ei, quo cum testator habuerit testamenti factionem, l. 21. de test. tut. Legitima vero, cui eadem lex delatura esset hereditatem pupilli, si vel in ea ætate, vel quo alio tempore intestatus decederet. d. l. 1. de legit. tut.* Ibi ratio.

XII. Defert eam lex vel verbis & sententia: vel sententia sola. Verbis & sententia agnatis. *l. 1. & passim π. de legit. tut. Qui sunt cognati per virilem sexum descendentes, ejusdem familiæ veluti patres, fratres, filii, patrui, patrueles, adde l. 5. Unde leg. (Hinc mater mea mihi non est agnata pr. Inst. de SC. Tertull.) Ne impedit, quod matris meæ patruus, patruus meus magnus. l. 10. §. 14. ff. de grad. Et amita matris, amita mea magna. d. l. 10. §. 15. Nam illi patrui & amitæ cognati sunt. Nec filius sororis mihi agnatus est. §. cos. 2. Inst. de success. cog. Quamvis secus visum sit Ferrario per §. hoc. 4. Inst. de legit. agnat. success. Hinc ICti Ienenses d. 31. Aug. ann. 1606. filium ex sorore natum excludendum responderunt a petitione rerum expeditoriarum. Fomann. diss. 5. th. 15.* ex ratione successionis, *quæ proponitur Inst. de leg. patr. tut. in fin.* sententia *& mente* sola, per consequentiam nempe delatæ hereditatis, patronis & eorum liberis in libertos impuberes. Agnati quid?

XIII. Ita Agnatis? *qui L. XII. tabb. post suos soli, cognatis exclusis, vocantur, de qua infra Inst. de leg. agn. succ.* Sed *postquam ex prærogativa gradus Iustinianus voluit cognatos aut concurrere*

cum agnatis, aut his præferri, merito hodie etiam cognatis. *Nov. 118. c. 3. & 5. ut jam olim Plato lib. 11. de LL.* sublata inter legitimam agnatorum, parentum & fiduciariam differentia.

AD THES. XIII.

HODIE ETIAM COGNATIS] Sed jus Saxonicum antiquum LL. XII. tabb. dispositionem adhuc observat, & in materia tutelæ agnatos cognatis præfert: Imo & in eo a Jure Civ. recedit, quod e pluribus agnatis ejusdem gradus seniori tantum tutelam deferat, contra dispositionem Juris Civ. in §. ult. Inst. de cap. deminut. *Vid.* Landr. *lib. 1. art. 23. Carpz. lib. 5. resp. 81. & ex hoc Philip. lib. 1. Eclog. 81.* In quo passu & Jus publ. imitatur Jura Saxon. nam & hoc tutelam Electoralem defert Seniori Agnato hæredis Electoralis. *Aur. B. tit. 7.*

XIV. Sed masculis tantum non fœminis, *l. 2. ff. de R. J.* matre & avia exceptis. *l. 2. 3. C. quando mul. Nov. 22. c. 46. Nov. 118. c. 5. Et quod jam olim Duronia, P. Aebutii matri, tutelam filii tribuit Liv. lib. 39 id generalius, pro educatione accipiendum*, si secundis nuptiis. *Nov. 94. c. 2. Nov. 118. c. 5.* & SCto Vellejano renunciaverint. *l. 2. cum Authent. matri. l. fin. C. quando mul. tut. off. fungi. Nov 94. c. 4. At quid si nuptiæ sint dissolutæ, an mater reassumere tutelam possit? Adf. Specul. tit. de tutore §. nunc videndum. n. 7. Bald. auth. Sacramentum. in f. & ibi Ioh. Fab. C. Quando muli. A. Fab. Cod. lib. 5. tit. 2. def. 2. n. 11. Afflict. decis. 183. Negat Ferd. Arias de Mesa. 2 25. Et Mynsing. 3. obs. 83. Wissemb. disp. Inst. p. 56. th. 27. Suscipiunt autem tutelam non vi successionis: Sed ex præsumta singulari affectione erga liberos. Unde etsi mater statuto ab hereditate filii excludatur, tamen legitimam tutelam petere potest. Iure autem Saxonico tutela matri ratione successionis competit. Vide Hug. p. 2. q. 13. n. 40. ubi distinguit inter bona allodialia & feudalia.*

Mater & avia quat. tutrices esse possint. Scil. quando sec. nupt. & SCt. Vellej. renunciant? Quid si secundæ nuptiæ sint dissolutæ, an mater tutelam reassumere potest? Fœminæ suscipiunt tutelam non vi successionis.

AD THES. XIV.

AN MATER REASSVMERE] Loquitur de eo casu: An mater ad secunda vota transiens, & ita tutelam liberorum prioris matrimonii deponens, eam, finitis secundis nuptiis, liberis vero prioris conjugii adhuc impuberibus, possit reassumere? Negativa videtur verior, per ea, quæ adducunt. Mynsing. *d. l. 3. obs. 83. Ludw. disput. 3. th. 4. lit. d. Philipp. lib. 1. Eclog. 82. n. 8. Perez. ad tit. Cod. quando mul. offic. tut. fungi possit n. 3.*

Quod

Quod si vero deposuerit tutelam mater quasi nuptura, nec tamen nubat, forte quod facti poeniteat, eam recuperare posse tutelam depositam verius est, quia scil. nondum efficaciter amisit, utpote cum contractæ demum nuptiæ eam a tutela repellant. *Vid. Mynsing. & Ludw. dd. loc. Perez. ibid. n. 4.*

XV. Et hæ ad tutelam perveniunt, quando nullus testamento, *aut confirmatis testamento codicillis*, tutor datus est. *Nov. 118. c. 5. vers. hac enim servantes. l. 2. §. 3. C. h. t.* *Quid vero, si pater etiam prohibuerit, ne tutelam gerat mater? Non distinguo, alium ne dederit pater testamento nec ne: sed simpliciter tutelam matri ademtam ajo. Nov. 118. c. 5. vers. Hac enim servantes.*

Eædem ad tutelam perveniunt, si nullus testamento tutor datur.

AD THES. XV.

SIMPLICITER TUTELAM MATRI ADEMTAM] Extendit hanc Auctoris assertionem Locam. *quæst. 51.* in tantum, ut si & alios legitimos tutores pater in testamento excludat, quamvis nullum in eo det alium, tamen legitimi non sint admittendi, verum alius a Magistratu dari debeat. Sed utrumque falsum est. Si enim pater in testamento ipse nullum tutorem dederit, sane, quoad tutelam, intestatus moritur; ab intestato autem veniunt legitimi tutores §. 2 *Inst. de leg. agn. tut. l. 6. ff. eod. jun. pr. Inst. de hered. ab intest. venient.* Imo quod in specie matrem concernit, nostram potius confirmat opinionem *Nov. 118. cap. 5. vers. hac enim servantes* (quamvis Auctor eam pro sua sententia adducat) dum aperte dicit: *solos testamentarios tutores* matri, aut aviæ, præcedere. Ubi vero sunt tutores testamentarii, si eos constituere in testamento pater neglexerit? Videtur vero Auctor verbis istis ex *d. Nov. 118. c. 5. Defuncti namque voluntatem & electionem præponi volumus*, uti voluisse, quæ pro sua opinione etiam adducit Locam. *d. qu. 51.* Sed ad hæc verba facilis est responsio, si ea limites: *nisi defuncti voluntas legibus sit contraria.* Est autem contraria voluntas patris matrem excludere volentis, nec tamen alium nominantis, quia leges volunt, ut si pater, quoad tutelam, intestato decesserit, legitimi tutores locum habeant. *Adde Carpz. de Jur. fam. Decad. 2. posit. 2. n. 19. seq. Ludw. Disput. 3. th. 4. lit. d.* Nec obst. ulterius *l. un. C. si contra matris voluntatem, item l. 21. §. 2. de tut. & curat. datis*, utpote qui textus de tutore dativo loquuntur, non de legitimo: *Vid. Brunn. ibid. Adde Richt. ad auth. matri. C. qu. mul. tut. off. fung. pot. n. 16. ubi plures pro nostra sententia allegat.*

XVI. Avo tamen paterno matrem non præferri verius est, *Fr. Ar. de Mesa lib. 2. c. 25. A. Fab. dec. 6. Err. 7.* cum solis cognatis

Mater avo paterno non præfertur in administranda tutela.

Eadem ratio est avis maternum.

tis ex latere venientibus præferatur. *Nov. 118. c. 5. Eademque ratio est, si concurrat avus maternus cum avia materna, aut paterna. Et ita respondit Iur. Facult. Lips. versus Soeebergam, præferendo avum paternum materno. d. 16. Ian. 1634. Adde Pruckm. vol. 1. consf. 27. n. 114. Quid si concurrant avia paterna & materna? Tutelam utrique deferendam ait Carpz p. 2. decis. 131.*

AD THES. XVI.

MATREM NON PRÆFERRI] Fovet quidem hanc opinionem etiam Carpz. *P. II. const. XI. def. 13.* eamque præjudicio corroborat, hosque sequitur Richt. *ad d. Auth. matri. C. quando mul. off. tut. fung. poss. n. 12.* Sed ratio Carpz. valde infirma est, qui propterea non immerito vapulat a Brunnem. *ad d. Auth. matri.* Quod autem Auctorem nostrum attinet, qui *solis* ex latere venientibus cognatis præferri matrem in *d. Nov. 118. cap. 5.* putat, in eo utique fallitur, nam τὸ *solis* in Nov. non exstat, sed potius ibidem asseritur, quod mater & avia, *omnibus a latere cognatis, quoad tutelam præponatur, testamentariis SOLIS tutoribus præcedentibus eam.* Ergo restrictiva particula istis verbis, quæ de prælatione matris respectu cognatorum, a latere agunt, non est addenda, alias enim sequeretur, non solum avum paternum, sed & avum maternum quoque matri præferri, cum nec iste sit cognatus a latere, imo & agnatos omnes ex latere venientes matrem aviamque a tutela excludere, quia nec hi sunt cognati ex latere, quorum tamen utrumque absurdum. Concludimus potius ex *d. Nov. 118. c. 5.* quia *SOLI* tutores testamentarii matrem aviamque præcedunt, ideo avus paternus matri non præfertur, sed ipsa omnibus, & legitimis, & dativis, anteponenda, præprimis cum ita *d. Novellam 118.* exponat *Auth. matri. Cod. qu. mul. offic. tut. fungi pot. Adde Ludw. exerc. 3. th. 4. lit. d. Brunnem. exerc. 3. ad §. 1. Inst. de leg. agn. success. p. m. 22. & ipsum Carpz. de Jur. fam. dec. 2. pos. 1 n. 18.*

SI CONCURRAT AVUS MATERNUS] Idem tenet Richt. *ad d. Auth. matri. n. 16.* Ego putarem: quoad jus civile, secundum quod hodie etiam cognatis tutela defertur (*vid. Aust. th. 13. hic*) avum maternum, aut paternum, cum avia paterna, aut materna, simul admitti, *arg. §. ult. Inst. de cap. demin.* Jure Saxon. vero, quod plurium concursum non admittit *per dicta ad th. 13 hic.* aviam, seu paternam, seu maternam, avum & paternum, & maternum, excludere, *arg. d. Nov. 118. c. 5.* quam non specialiter abrogavit Jus Saxon. sed eam potius sequitur. *Carpz. P. II. dec. 124. n. 6.*

UTRIQUE DEFERENDAM] De Jure Civili consentio per modo dicta, & ti-

videntur etiam responsa a Carpzov. d. l. allata casum præsupponere, quod domini interrogati fuerint, ex loco quodam, ubi forte Jus Saxon. non viguit; De jure vero Saxon. videtur iterum obstare, quod agnatos in tutela præferat Jus Saxon. fatente ipso Carpz. *l. 5. resp.* 81. quo pacto avia paterna matrem deberet excludere.

XVII. Dativa est, quam Magistratus §. *4. Inst. de Attil. tut. extra ordinem, & specialiter a lege sibi potestate tributa*, constituit. *Tutoris enim datio neque Imperii est, neque jurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim data. l. 6. §. 2. de tut. id est, Non quicunque imperium, vel jurisdictionem habent, ii quoque tutorem dare possunt: Sed ex illis, qui jurisdictionem aut imperium habent, ii soli tutorem dandi jus habent, quibus id Lege vel SCto, vel Principis constitutione datum est. Quinam vero Magistratus Romæ tutores dederint. vide Iacob. Godofr. animadv. c. 4.*

Dativa tutela.

Non omnes tutores dare possunt, qui jurisdictionem vel imperium habent.

AD THES. XVII.

NEQVE IMPERII EST] De hoc disquirant [illegible]ii, nobis sufficiat hodie Magistratum quemlibet, inferiorem saltem jurisdictionem habentem, tutorem dare plebejis posse. *Vid. Nov. addit. ad not. Vinn. §. 5. Inst. de Attil. tut.* ubi etiam quis Magistratus illustribus & nobilibus det tutorem.

XIIX. Idque vel ex officio, vel ad petitionem matris *l. 2. §. 1. & passim ff. qui pet. tut. & avia. l. 2. §. 28. ad SCt. Tert.* aut propinquorum. *l. 2. pr. ff. l. 5. & 10. C. eod.* Quorum ii, qui successionem sperant, necessario. *l. 8. C. qui pet. tut. l. 2. §. 2. ff. eod. l. 2. §. si mater. 23. & seqq. ad SCtum Tert. §. 6. Inst. eod.* * *Alias ab eorum successione repellerentur. l. ult. §. 3. ff. qui pet. tut. nisi justa causa eos excuset. v. Don. 3. 8. Huc refer & Libertum, si propter negligentiam aut malitiam non petiit. l. 2. §. 1. qui pet. l. 1. l. 7. §. 1. de L. Patron.* Reliqui voluntario petunt. *l. 2. §. 1. ff. d. t.*

Mater & propinqui, qui successionem sperant, necessario tutores petunt.

AD THES. XIIX.

SUCCESSIONEM SPERANT] Inter quos etiam mater est, si scil. ipsa tutelam liberorum suscipere nolit, aut ad secunda vota transeat. *Carpz. P. II. const. 11. def. 19. n. 1.*

JUSTA CAUSA] Quænam vero sint justæ causæ, *vid. ap. Carpz. d. def. 15. Brunnem. ad L. 3. seqq.* [illegible] *qui petant tut.*

A Magistratu tutores dari possunt, qui jurisdictioni ejus subjecti.

XIX. Et dari a Magistratu omnes possunt, qui ejus jurisdictioni subjecti sunt. *l. 3. ff. de tut. & cur. dat. l. 5. C. qui dar. tut. l. 1. in fin. de tut. & cur. dat. §. 4. Inst. de Atl. Tut. Unde neque seipsum Magistratus. l. 4. ff. de tut. & cur. dat. neque collegam recte tutorem dabit. arg. l. 13. §. 4. ad SCt. Trebell.* Etiam vitricus privigno suo. *l. 32. §. 1. ff. de adopt. l. fin. C. de contr. jud. tut. l. 2. C. de interd. matr. Vide Finckelthusium observ. 53. Sic T. Sempronius P. Aebutii privigni tutor. Liv. lib. 39.* Et Judæus Christiano. *l. spadonem. 15. §. 6. ff. de excus.*

AD THES. XIX.

NEC COLLEGAM RECTE] Adstipulatur Auctori *Ludw. exerc. 3. 6. lit. B.* Dissentit cum aliis a Ludw. citatis Brunnem. *ad l. 19. ff. de tut. datis.*

VITRICUS PRIVIGNO] Non male videtur distinguere Feltmann *ad l. 32. §. 1. de adopt. fol. m. 75.* an quis ante sit tutor, quam vitricus (utpote de quo casu aperte loquitur *d. l. 2. C. de interd. matrim.*) & hunc manere posse tutorem; an vero ante sit vitricus, quam tutor, & hunc regulariter tutorem dari non debere. *Conf. Finckelth. d. observ. 53. Add. Huber. digress. Justin. lib. 3. c. 12.*

Creditores & debitores non possunt esse tutores. Additur ratio. Interdum tamen possunt.

XX. Excipiuntur miles. *l. 4. C. qui dar. tut. vel cur.* Servus. *l. 7. C. eod. colonus Principis.* Et creditores ac debitores. *Nov. 72. c. 1. auth. Minores. C. qui dare tut. vel cur. qui sive se excusent, immunes erunt; sive non excusent, admitti non debent. Ratio; ne creditor, soluta pecuniæ probationes intercipiat, in fraudem pupilli, & solutum denuo petat, debitor pupilli instrumenta, creditum continentia, subtrahat. Excipe (1) testamentarios, quos testator scivit esse debitores vel creditores. (2) Debitum vel creditum alioqui manifestum danti tutorem. Dn. Carpzov. p. 2. 11. 19. & p. 2. decis. 119. ubi plures exceptiones Diss. Fac. Lips. Berlich. 2. dec. 260. Junge ejusdem lib. 5. Resp. 87. Berlich. p. 2. decis. 257. & 259. 260. 261. Finckelthaus observ. 28. Quorum dissensiones Elector. Saxon. decis. 36. ita diremit in posterum, ut necesse sit & debitum manifestum aut creditum indicare magistratui, excusationem proponere & curatorem petere pro minore, qui sibi agenti respondeat. Quid si, ignorante magistratu dissimulent debitum vel creditum? Creditor amittet jus petendi: Debitor autem solvendo non liberatur. d. Nov. 72. c. 4.* Tutelam

telam vero retinent. Bart. ad auth. Minoris. C. qui dar. tut. n. 14. Rittersh. ad Nov. p. 8. c. 4. n. 10. (3) *Excipe matrem & aviam creditrices, nec non patrem & avum maternum, creditores. Illas per Nov. 94. Hos vero ob rationis majoritatem. Bald. in l. 44. de pact. n. 3. Cyn. Salic. in auth. Minoris. C. qui dare tutor. Cæcus. l. 3. C. qui dari tut.* Minor. *l. ult. C. de leg. tut.* qui ſeipſos ingerunt. *l. 21. §. ult. de tut. & cur. dat. l. 2. §. 15. de ſuſ. tut. §. 10. Inſtit. eod.* Qui a parentibus prohibiti ſunt tutores eſſe. *l. 21. §. 2. h.*

AD THES. XX.

EXCIPE L. TESTAMENTARIOS] *Adde Carpz. P. II. conſt. 11. d. 19. n. 2. & P. II dec. 119. n. 15.* Quamvis autem in contrarium afferri soleat; prohibitionem *Nov. 72.* generalem eſſe, nec uſpiam teſtamentarios excipi: Sufficiat tamen, Auctoris opinionem a Sereniſſimo, initio *Dec. nov. 34. verb:* Von denen Vormündern / ſo Eltern durch Teſtament und letzten Willen ꝛc. tacite approbari.

EXCUSATIONEM PROPONERE] Quod ſi veró tutor, excuſatione propoſita, ſi eam magiſtratus non attendat, in Magiſtratus beneplacito acquieſcat, ac tutelam delatam ſuſcipiat, creditum ſuum non amittit *per deciſ. noviſſ. 35.*

IGNORANTE MAGISTRATU] Item, ſi durante tutela debitum acquirentes id diſſimulent. *Philipp. obſerv. 2. ad deciſ. noviſſ. 35.*

XXI. Delatam ita tutelam, ſequitur ejus adminiſtratio, quam quædam antecedunt, quædam ſequuntur. Antecedunt adminiſtrationem, juramentum, *Nov. 72. c. ult. Rittershuſ. ad Nov. p. 8. c. 5.* ſatisdatio & inventarii confectio. *Hodie quinque requiruntur. 1. decretum Judicis de ſuſcipienda adminiſtratione. Ref. Polit. 1548. tit.* von der Pupillen *tutoren &c. 2. Inventarium. 3. Coram Judice competente promiſſio pupillum non deſertum iri tam in judicio, quam extra. 4. Juramentum. 5. Satisdatio, hæc hodie rariſſime præſtatur. Vide Carpz. Ref. 22. lib. 5. tit. 8.* Quæ hodie adminiſtrationem tutelæ antecedant?

AD THES. XXI.

HÆC HODIE] Imo & juramentum. *Vid. Nov. addit. ad not. Vinn. §. ult. de Atil. tut. Add. Carpz. P. II. Conſt. 10. def. 4. & ſeqq.*

XXII. Satisdatio eſt cautio fidejuſſoria. *Nam pignoribus ſatisdari quidem poteſt, ſi cautio conventionalis, vel legalis, ex ipſa lege producta. l. 21. in fin. ff. de conſt. pec. l. 4. §. 8. juncta. l. 2. π. de* Satisd. tutorum vel curatorum quid ſit?

 fidei-

fideicomm. lib. Imo & si prætoria, modo pro re certa exigatur. l. 2. §. 3. π. quod legat. l. 1. §. 9. π. de collat. Sed ubi pro incerta quantitate Prætor eam exigit, præcise requiruntur fidejussores. l. 7. π. de præt. stip. juncta. l. 52. π. de V. O. Nov. 94. in Epil. Adde l. 1. π. qui satisd. l. 25. de R. I. l. 6. §. ult. π. quibus mod. pign. solv. l. 6. §. 1. de mun. & hon. Qua tutores, vel curatores cavent rem ejus, cujus tutelam curamve gerunt, salvam fore. *Hinc contra fidejussores actio ex stipulatu. l. 1. ff. rem pup. sal. fore. Et beneficium divisionis, quod ex sua persona non habent fidejussores, ex persona tutorum habent, si pro multis tutoribus caverunt. l. 6. π. de fidejuss. & nom.*

Satisdationem omnes tutores vel curatores præstant.

XXIII. Præstant eam omnes tutores & curatores. Exceptis testamentariis. §. *Sed hoc. 1. Inst. h. t. l. 17. de T. T. extra quam si quid novi emergat. arg. l. 4. in fin. de T. T. l. 5. cum seqq. de confir. tut.* Datisque ex inquisitione. *d. pr. l. 13. §. ult. π. de tut. & cur. dat. l. 8. de cur. fur. nempe a Magistratibus majoribus. §. ult. in fin. Inst. h. l. 4. C. de tut. qui satis non ded.* & patronis. *l. 5. §. 1. de leg. tut. l. 13. §. 1. de tut. & cur. dat. & liberis eorum. d. l. 5. §. 1.*

Quomodo satisdatio exigatur?

XXIV. Modus exigendi eam est, ut pupillus ipse si fari potest, & præsens est, vel *absente eo, aut non valente*, servus ejus vel *nec eo existente*, servus publicus aut Notarius, vel denique is, quem Prætor ad hoc dederit, stipuletur a tutoribus, vel fidejussoribus. *l. 1. §. 15. de Mag. conv. l. 2. 3. 4. §. 1. l. 6. §. ult. pr. Rem. pup. sal. f.* cujus stipulationis formula est in l. ult. C. de fidejuss. tutor. vel cur.*

Inventarium.

XXV. Inventarium, *quod est instrumentum, arg. l. 1. de instrum. l. 57. pr. h. t. l. 1. §. 3. de tut. & rat. dist. a tabellione cum testibus requisito ad hoc confectum publicum. l. ult. pr. & §. 1. C. arb. tut. l. 24. C. h. t. quo descripta sunt res ejus, qui est in tutela vel cura,* conficere debent itidem omnis generis tutores vel curatores. *Etiam mater.*

An mater tutrix teneatur inventarium conficere.

Quæ si neglexerit, an ad juratam specificationem tenebitur? Negat Facult. Lips. Finckelth. obs. 76. num. 18. Adf. ICti Scabinatus. Carpzov. p. 2. const. 11. def. 7. & Resp. 69. Quorum sententia vera est, & ab Electore Saxon. in novis decisionibus approbata, decis. 21. In-

Digitized by Google

21. Inventarium ergo conficiunt tutores, nisi testatores vetuerint. l. ult. §. 1. C. arb. tut. quo casu tamen privatim sibi consignare res pupilli nihilominus debebunt. Dn. Carpzov. p. 2. Constit. 11. defin. 4. num. 8. de omnibus rebus, quæ sunt in patrimonio pupilli, minorisve. *l. 24. C. h. t. l. ult.* etiam quæ post susceptam tutelam, vel curam obvenerunt. *arg. l. ult. §. 7. C. de cur. fur.* excepto ære alieno, quod pupillus debet. *Bart. in l. tutor. qui repertorium. 8. not. 7. sub num. 10. ff. de adm. & per. tut. Sed numquid & heredes tenebuntur ad editionem inventarii? Quod affirmo, quia tenentur ad reddendam rationem l. ult. C. de her. tut. vel. cur. Ita respondit Ordo Iurisconf. Academia Lipf. 22. Maji, ann. 1619.* An heredes teneantur ad editionem inventarii?

XXVI. Debet autem statim fieri. *l. 24. C. h. ante quam quidquam tutor gerat*, sumtibus pupilli. *Quia tutela officium est personale, quod ad impensam tutoris non pertinet. l. 6. §. 15. de excus. l. 1. §. 3. l. ult. §. 1. de mun. & hon.* Ejusque effectus, *inter alios*, est, quod chirographis debitorum peremtis, debitores ex inventario possint conveniri. *l. 57. h. t.* eoque non facto tutor teneatur ad id, quod interest, & contra eum juretur in litem. *l. 7. pr. h. t.* Effectus inventarii.

XXVII. His antegressis, sequitur administratio, *quam suscipere illico, simul se datum scit esse, debet. Nam exinde periculo suo cessat, atque etiam pignoribus captis coerceri potest. l. 1. de adm. & per. l. 3. C. de susp. tut.* quæ est & circa personas ipsas, & eorum bona. Inque Personis vel educandis, ut victum & amictum suppeditet. *t. t. C. de alim. pup. præst.* moresque informet. *l. cum plures. 12. §. cum tutor. π. de admin. tut.** *quod plerumque fit apud matrem viduam. l. 1. C. & pass. ubi pup. educ.* Administratio tut. illico suscipienda.

AD THES. XXVII.

MATREM VIDUAM] Aliud si ad secunda vota transeat, apud quam non nisi ex Magistratus permissu educari debent pupilli. *Carpz. P. II. const. 11. def. 41. seqq.*

XXIIX. Vel integrandis, præstando autoritatem, *si tutor sit, consensum vero, si curator*, quæ est approbatio negocii, quod cum Pupillo geritur. *l. 3. π. de aut. & cons.* & interponi debet expresse, non tacite. *arg. l. 1. pen. & ult. ff. de tut.* pute Autoritas.

non

non sub conditione. *l. 8. π. h. t.* a tutore præsente, non per nuncium aut epistolam. *§. 2. Inst. h. t.* & denique in ipso negotio. *d. §. 2. id est, in continenti post negotium. l. 25. §. 4. ff. de adquir. her. arg. l. 40. π. de reb. cred. l. 7. §. 5. π. de pact.*

AD THES. XXIIX.

IN IPSO NEGOTIO] Hodie hanc scrupulositatem non attendi, ex Perez. notat Struv. *exerc. 31. th. 42.*

In quib. negotiis necessaria autoritas.

XXIX. Necessaria autem est autoritas in iis negotiis, ex quibus pupilli conditio deterior fieri potest: *ut stipulanti promittendo, servum manumittendo. pr. Inst. de aut. tut. l. 9. ff. eod. contrahendo; ut inde mutua oriatur obligatio. Quamvis enim ii, qui cum pupillo contrahunt, obligentur, si pupillus contractum stare velit, pupillus tamen non obligatur, si contractum velit esse irritum. d. pr. in fin. Instit. h. l. 7. §. 1. de rescind. vend. l. 13. §. antepen. de act. emt.* * *Sed numquid naturaliter? Aut obligatio ex re est, & non obligatur, nisi locupletior. l. 13. §. 1. de cond. indeb. l. 59. de O. & A. aut ex conventione, & obligatur etsi non locupletior. l. 1. §. 1. ff. de Nov. §. pen. Inst. quib. mod. toll. oblig. l. 127. de V. O. sed ita, ut obligatio sit in solo promittente, promissario autem jus exigendi non competat, nec solutum retinendi, unde & pupillo condictio indebiti competit, quia respectu promissarii indebitum est. Obligatur ergo pupillus pubertati proximus hic naturaliter, ex parte sui, sed natura non debet ex parte promissarii l. 41. de cond. indeb. per. l. 84. §. 1. de R. I. l. 108. ibi Grotius in flor. spars. p. m. 238. de V. S. l. pecunia. 178. §. ult. eod.*

An pupillus naturaliter obligetur?

Pupillus natura non debet.

AD THES. XXIX.

SED NUMQVID NATVRALITER] Optime hanc quæstionem explicasse videtur Struv. *exerc. 6. th. 39. & in resolut. ibid.* Affinem huic quæstionem de minoris scil. obligatione ex negotio absque consensu Curatoris gesto, satis accurate resolvit idem *d. loc. th. 40. ibique in resolut.*

XXX. Administratio circa bona est vel conservanda. *E. g. ut pecunias pupilli, vel puberis in emtiones prædiorum collocet. l. si tutor. π. de admin. tut. Actiones pupilli, vel puberis suscipiat. t. t. C. de act. a tut. seu cur. debita cum ab aliis, tum a se exigat: l. 7. §. pecunia. ff. d. t. tutores.* vel distrahenda, ex necessitate, si servari non possint, inutilia sint, æs alienum solvendum, *vel pupil-*

Quando tutor bona pupilli distrahere possit?

lus

lus alt aliter non possit, l. 12. C. de præd. min. fin. decr. l. 5. § 9. ff eod. & cum decreto magistratus, *sive ejus, qui in loco domicilii, sive qui in loco rei sitæ Berl. p. 1. decis. 29. si, res immobiles, aut mobiles quidem sed magni pretii. t. t. ff. & C. de reb. cor. qui sub tutor.* * *sine quo decreto alienatio nulla est, nisi a majore facta rata habeatur. t. t C si maj fact. alien. Vide de decreto alienandi infra dissert 15. aph. 7. Sunt & alii casus, quibus ejusmodi alienatio sustinetur, de quibus t. C. si quis ignor. rem min. & t. C. quando decr. opus non sit Vide Menoch. 2. arb. jud. cas. 171. In quorum numero & ea; si minores sint in communione prædii cum fratribus majoribus, tanquam sociis, & ad divisionem provocantibus. per. l. 1 §. 2 ff. de reb. cor. l. pen C. de præd. cor. Et ita respondit Fac. Lips. 29. Aug. ann 1618. Quid si absque decreto alienatio facta. sed confirmata tamen a superiore, an valebit? Affirmatur, per l. 2. C. qu. decr. Berlich. decis. 149. Quando vero alienatio nulla est, datur rei vindicatio, l. 16. C. de præd. min. Quo casu restituendum emtori pretium, quatenus in rem minoris est versum. l. prædiorum. 10. l. si prædium. 16. C. de præd. Minor. & incumbit reo probatio, decreti rite interpositi: Nisi tutor emat prædium sui pupilli a contutore. Præsumitur enim emtio rite facta. Ideo actor probet. Iacob Schultes. qq. pract 17. per. tot. Numquid vero Minor restitui potest contra alienationem ex decreto factam? Non videtur, quia læsionem excludit decretum, nisi ad supplementum vile pretium restitui velit. l. 11. C. de præd. Minor. l. 7. §. quæsitum 8. ff. de Minor.*

Sine decreto alienatio rerum pupillarium nulla.

An alienatio absque decreto facta sed confirmata a superiore valeat?

Minor contra alienationem ex decreto factam non restituitur.

AD THES. XXX.

ET ALII CASUS] Quos vide etiam apud Struv. *exerc. 31. th. 87.*

ET INCUMBIT REO PROBATIO] Distinguendi tamen sunt casus; an minor solum vindicet prædium absque mentione alienationis, reus vero opponat exceptionem emtionis, item, an minor in libello mentionem quidem faciat alienationis, ignorare tamen se dicat, quod requisita debita sint adhibita, an vero minor in libello alienationem defectus alicujus arguat Prioribus casibus reo incumbit probatio, posteriori vero actor probare debet *Carpz. P. II. c. 11. d. 32 & seqq. & lib. 4. Resp. 80.*

NON VIDETUR] Imo videtur *per l. 1. & ult. C. de præd. min. Struv. exerc. 31. th. [illegible]. Perez. ad Cod. de præd. min. n. 9.* Quod vero dicit Auctor

decretum excludere læsionem, id nondum probatum est. Quamvis enim hoc forte concedam; decreti interpositionem pro se præsumtionem habere, quod minor non sit læsus; erit tamen hæc præsumtio juris tantum, non juris, & de jure. Quapropter si minor læsionem probet (quod semper in materia restitutionis facere debet *l. minoribus 5. C. de in integr. restit. minor.*) omnino audiendus erit, cum nuspiam hic casus a legibus sit exceptus.

AN HABITU CORPORIS] Vide eleganter Huber. *Digress. Justin. lib. 3. cap. 13. & 14.* ubi Justinianum & Tribonianum, antiquis inspectionem corporis impudicam tribuentes, a communi Interpretum castigatione erudite vindicat.

QVI AB HOSTIBUS TRANSFUGIT] Admitti posset hæc responsio, si conveniret cum verbis sequentibus *d. l. 15. de tutel. tutor manet: Sed interim alius tutor dabitur.* Quid enim alii tutoris datione opus est, si ad suos revertitur? Ergo placet potius aliorum responsio: per *transfugam* eum intelligi, qui bono consilio &, præscio Magistratu, ad hostes transfugit, ut eos decipiat: per eum vero, *qui receptus ab eis* dicitur, intelligatur, quem ab hostibus captum, & postea manumissum, hostes deinde receperunt v. g. tempore induciarum. *Vid. Strub. resolut. ad exerc. 31. th. 91.* Quibus non obstat, quod dicat Auctor, eum, qui bona mente ad hostes aufugit, nequaquam transfugam dici Latinis. Sufficit enim, quod dici possit ac soleat eum ad hostes transfugere, quod & ibi JCtus dicit. Insequens enim non est, ut verba de re quadam prædicentur, verbalia minime.

Finitur tutela pubertate.

XXXI. Finitur tutela pubertate. *pr. Inst. quibus mod. tut. fin.* (*De Principum Electorum filiis aurea Bulla cautum, ut ad annum 18. completum sint sub tutela proximi agnati A. B. tit. 7.*) *Anno XIV. ætatis, qua ætate Vesticipes dicebantur. A. Gel. 5. 19. Auson. Eidyl. 4. Sed puella anno XII. tum enim Viripotentes, matura, tempestivæ, Gell. 12. 8. & 6. 3.* ἔπαχμοι, ἔπανδροι; *glossis Philox. Macrob. 7. Satur. 7. Mart. Capell. lib. 7. nupt. Philol. Plutar. sympos. 3. 4.*

Pubertas unde æstimata?

Hæc pubertas ex annis, an habitu corporis æstimata, dubitatum olim, teste Quintil. 4. 11. Cassianis habitum, Proculeanis annos spectantibus. Vide Grot. sp. fl. p. 20. Merill. 1. obs. 22. & 8. O. 29. Mastert. de. just. LL. Rom. lib. 2. dub. 16. Selden. de succ. Heb. c. 9. Iac. Oisel. ad Caj. p. 58. & seqq. capitis diminutione, *pupilli quavis. §. 1. Instit. tutoris tantum maxima & media. Olim minima etiam peribat tutela legitima: Et hactenus planum est, quod habet Paulus in*

pr. l.

pr. l. 7. ff. de cap. min. dicens. Tutelas non amittit capitis minutio. *intellige minima: Sed quando idem ICtus mox excipit tutelas, quæ in jure alieno positis personis deferuntur, ænigma loqui visus est Interpretibus. Cujacius siglis deceptum Tribonianum putat:* Exceptis his, quæ L. A. P. P. *& legi debuisse, quæ jure agnationis proximis potissimum. Balduinus in Scævola suo, p. m. 159.* Exceptis quæ jure antiquo personis proximis. *Hotomannus, 3. Observ. 9.* quæ in nomine alieno, *ut refert P. Faber, eum refutans lib. 3. semestr. c. 24. sed in editione anni 1589. hæc correctio non apparet, mutata mente Hotomanni. Citat enim Faber editionem Basiliensem anni 74. Goveanus, 2. Var. 12. addit negativam:* Non deferuntur. *Ita & Haloander & A. Fab. Emanuel Soarez. 1. O. 36. expungit verba:* Exceptis his, *quod placet Bachovio commentar. ad tit. de cap. min. num. 12. Sed cum textui manus inferre audax sit & crudele, sensus haut alius fuerit, quam quod tutela non perimatur capitis minutione minima, testamentaria & dativa: Sed neque ex legitimis tutelis illa, quæ ex L. XII. proximis agnatis defertur, siquidem hi agnati cœperint poni in alieno jure: Quod dupliciter contingit, vel si Patresfam. arrogandos se dederint, vel si filiifam. emancipati fuerint. Etsi enim emancipatus sit sui juris, ut non recte videatur dici, in alieno jure positus, qui ponitur in suo: Recte tamen dicemus & hunc in alieno jure poni, respectu familiæ ex qua exit, & cui per emancipationem fit alienus. Confer Lyclam. 1. Membr. 24. Sed hodie non item, sublata differentia inter cognatos & agnat. Nov. 118. * De transfuga est nonnulla difficultas, qui mediam patitur, l. 5. §. 1. ff. de cap. min. l. 19. §. 4. & 7. ff. de capt. & postl. reverf. nec tutor manere potest. cum postliminium non habeat. l. 19. §. 7. de capt. & post. At retinet tutelam l. 15. ff. de tut. Equidem respondeo, d. l. 15. loqui non de eo, qui ad hostes, sed qui ab hostibus transfugit ad suos. Præcedit enim de eo, qui receptus est ab hostibus, id est, e hostium potestate recuperatus. l. 26. in fin. h. t. Sic recipi ab extraneo usurpatur. l. 19. pr. ff. de cap. & post. Duo ergo in d. l. 15. eorum, qui in hostico sunt, refert genera ICtus, quique servi non fiunt, alterum, qui legati ad eos, alterum qui recepti vi, vel reversi fallacia, ut in l. 26. ff. de capt. di-*

Explic. l. 7. pr. de capit. minut.

In qua JCtus ænigma loqui visus Interpretibus.

Textui manus inferre audax.

An transfuga tutor maneat?

Explic. l. 15. de Tutel.

Eorum, qui in hostico sunt, duo genera sunt d. l. 15.

Digitized by Google

finguitur, qui propter jus postliminii cum reliquis juribus & tutelam non amittunt. Aliter alii. Vide M. Lyclamam. 7. M. 35. §. 1. Ridiculus est Wissenbach. disput. 7. thes. 27. qui cum A. Matthaeo ait verba; aut transfugerit, *imprudenti ICto excidisse. Communis autem distinctio, inter transfugam bona mente, commentum est omnium minime probabile, & contra sensum sane loquentium, quibus talis nequaquam audit transfuga.* Item conditionis exsistentia, *§. 2 & 5. Inst. hic. ad quam tutor datus est, qui modus testam. tutelæ proprius est,* & diei adventu, *d. §. 5. Inst. si qui ad certum tempus tutores dati sunt,* excusatione item & remotione, *de quibus paulo post.*

Tutelæ actio directa.
Quæ non datur contra tutorem ad præstandam culpam levissimam.
An tutoribus pluribus actione tutelæ conventis beneficium divisionis detur?

XXXII. Finita tutela instituitur tutelæ actio. *l. 4. ff. de tut. & rat. Dist.* tum directa, quæ datur pupillo, *& ejus heredi*, contra tutorem ad reddendas *administrationis* rationes, *& præstandum dolum ac culpam latam, levemque l. quidquid 7. C. arb. tut. l. pr. ff. de tut. & rat. Non vero levissimam. Non obstante l. 4. C. de peric. tutel. Talis est actio Demosthenis contra tutorem suum Aphobum, Orat. 1.* Datur autem contra singulos in solidum *l. tres. 55. π. de administr. ut electio sit pupilli, quo cum agat. cessa actione electo in reliquos. l. 2. C. de div. tut. Quibus omnibus tempore litis contestata solvendo exsistentibus datur beneficium divisionis. l. 1. §. nunc. 10. ff. de tut. & rat. nisi divisa administratione, voluntate testatoris vel auctoritate magistratus. Et ita responderunt Ienenses, d. 9. Februar. anno 1632. Hac enim ratione pro qua gessit parte, conveniendus quisque. l. 2. C. de div. tut. Sicut tutoribus ipsis dividentibus d. l. 2. in f. ut tamen sit quoque excutiatur, qui gessit. l. 3. C. d. t. Pro tutela autem actione, qui tutor non est, pro tutore tamen administrat, tenetur, l. 1. pr. ff. de eo, qui pro tut. l. 1. & 4. ff. de conf. tut. pupillo. Etiam ante pubertatem. l. 1. §. 3. π. de eo, qui pro tut. Ei vero qui cum falso isthoc tutore contraxit, datur restitutio in integrum. l. 1. §. ult. ff. Quod falso tut. Item in factum actio, in id quod interest. l. 7. ff. d. t.* Tum

Actio tutelæ contraria.

contraria, danda tutori contra pupillum, ad recipiendum id, quod ei abest, *l. 3. C. h. t. etsi ultra facultates pupilli, modo utiliter,*

ter, expendit. l. 3. pr. C. h. t. ut tamen in arbitrio tutoris sit utrum compensare, an petere sumtus velit, l. 3. §. 4. π. de contr. tut. act. Ex pluribus autem condemnatus actiones vette sibi cedi postulat, adversus contutores ante factam solutionem. l. 1. C. de contr. jud. tut. etsi facta solutione utilis adhuc superesse videatur. l. 2. ff. h. Denique si a tutore vel curatore, aut nominatore, fideve jussore, aut heredibus eorum exigi non possit, actio subsidiaria datur in eos, qui satisdationem exigere debent, ut magistratus municipales & scribas. d. 1. pr. ff. de Magist. conv. l. ult. C. eod. ut & eorum heredes. Sane ipsi magistratus in omne periculum succedunt. d. l. 4. de Mag. conv. quibus verbis culpa etiam levissima venit. l. 5. §. 2. ff. Commod. heredes autem eorum in latam duntaxat. l. 4. ff. de Mag. conv. quemadmodum nec heres tutoris in levem. d. l. 4. Hinc in l. 2. C. de Mag. conv. dicitur; In heredes Magistratus, cujus non lata culpa idonee cautum pupillo non est, non solere actionem dari. In qua l. 2. nihil mutandum, confirmantibus Basilicis. lib. 38. tit. 8. Sed heredes tutorum, ne de lata quidem tenentur. l. 1. C. de her. tut Conveniunt ergo in hoc heres magistratus, & heres tutoris, quod neuter de levi teneatur. Differunt, quod heres tutoris insuper nec de lata. Cur tam varie? quia heredi tutoris constitutionibus subventum. l. ult. ff. de fidejuss. tut. Non item illi. Conf. Fabrot. not. ad Theoph. p. m. 153. non vero in magistratus majores, ut Praetorem & Praesidem. l. 1. §. neque. π. h. t. §. ult. Inst. de satisd tut.

Actio subsidiaria datur contra magistratus municipales & scribas.

An & in heredes magistratuum?

Confirmatur lectio l. 2. C. de magistrat. conveniend.

AD THES. XXXII.

AD REDDENDAS ADMINISTRATIONIS] Quid de jure novissimo & Saxon. circa redditionem rationum obtineat, summariter indicat Noric. add. ad not. Vinn. §. ult. Inst. de Atil. tut. Adde Brunnem. exerc. 4. ad d. §. ult. p. m. 26. Philipp. lib. 1. Eclog. 84. Et nobiliss. Decis. Elect. 36. Confer quoad hanc Auct. thesin infra dissert. 16. th. 18. & 19.

NON OBST. L. IV. C. DE PERICUL. TUT.] Textus plane non obstat. Nam qui dicit tutorem non debere praestare casum; ille non statim dicit, quod omne, quicquid est extra casum, & ita culpam levissimam praestare debeat, cum notum sit, leges plerasque Cod decidere casus, de quibus Imperatores erant consulti. Cui accedit, quod argumenta, legum contra textus expressos contrarium disponentes, exigui sint ponderis.

NE DE LATA QUIDEM] At. d. l. 1. C. de hered. tut. expresse dicit: heredes tuto-

tutorum ob negligentiam, quæ *non lata culpa* comparari possit, condemnari non oportere. Ergo *non lata culpa* ibi levem denotat, (ut in simili casu *l. 2. C. de Magistr. conv.* h. l. auctor explicat) & consequenter condemnabuntur heredes ob eam negligentiam, quæ latæ culpæ comparari potest, h. e. ob ipsam culpam latam. *Conf. Brunnem. ad d. l. 1. de her. vel. tut. Carpz. P. II. c. 11. def. 35. & iterum auctorem infra Diss. 16. th. 18.*

Cura quid?

XXXIII. Sequitur cura, *sive curatio, rubrica, de tut. & rat. distr. & utili cur. caus. actio. l. 1. pr. & §. 1. de curat. fur.* quæ est potestas. *d. l. 1.* administrandi substantiam. *l. 6. §. 4. de tut.* ejus, qui vel per ætatem, *ut minor XXV. annis, a completo XIV. Macrob. 1. Sat. 6. Seneca consol. ad Marc. XXV. pr. Inst. de cur.* * *Sed volens, non invitus. Non obstante l. 1. §. 3. π. de min. quæ loquitur de eo, qui jam habet curatorem, cui propterea rerum suarum merito non permittitur administratio. Excipe, si minor sit litig.turus. §. 2. Inst. h. Adde l. 7. §. 2. π. de minor. & l. 7. C. qui pet. tut. vel cur. Quid? An pupillo tutorem non habenti ad litem dandus est curator? Affirmant JCti Scabinatus lib. 5. Resp 86. Negat Curia provincialis superior, quæ Lipsiæ celebratur. Illorum sententia verior.* vel per vitium animi, *ut furiosus, mente captus, & prodigus, sive majores sive minores sint, ex L. XII. Tabb. cujus verba Auctor ad Herenn. Et Cicero Tusc. 3. repræsentat. Solis enim furiosis pupillis ex sententia Q. Mucii, exceptis, cæteros omnes in agnatorum curatione esse voluit L. XII. l. 3. pr. ff. de tut. Sed constitutione Antonini minoribus furiosis, non ut furiosis, sed ut minoribus curator datur. l. 3. §. 1. de Tut. Vide Basil. XLV. tit. 1. ad l. 2. § si mater. ff. ad SCt. Tertull. §. 3. Inst. de curat. l. 12. §. fin. ff. de tut, & curat. dat. l. 1. ff. de cur. fur. Prodigus autem intelligitur, cui bonis interdictum. §. 2. Instit. quibus non est permiss. test.* * *Qualis olim Q. Fabii M. filius, cui a Q. Pompejo prætore bonis interdictum. Val. Max. 3. 5. Et a Tiberio Cæsare senatori cuidam. Dio. fine lib. 57. Quæ interdictio fit non ipso jure. Ulp. frag. tit. 12. l. 10. de cur. fur. Horat. lib. 2. Satyr. 11. interdicto huic omne adimat jus Prætor. Formula interdicendi est apud Paul. sent. 3. 1. 4. Prodigum enim hunc*

An minor 25. annis invitus curatorem accipiat?

An pupillo tutorem non habenti curator ad litem dandus?

Prodigus.

Prodigum aliquem esse, facti est.

esse

esse, facti est non juris, & ex circumstantiis definiendum, quæ variant, & est de singulari, nempe de individuo hoc, cui bonis interdicitur. Lex autem non fertur in individuum: Ergo per declarationem Magistratus, qua quis talis esse pronunciatur. Qua declaratione facta ipso jure sequitur interdictio, aut morbum corporis, *ut mutus, surdus, & qui perpetuo morbo laborat. §. 4. Inst. d. t. non tamen hi inviti curatores accipiunt. arg. l. in re. 21. C. Mand. l. nemo. 9. C. de Juda. & cœlic. Donell. 3. comm. 18. Dissentit, Schrader de Feud. p. 10. sect. 19. num. 201.* aliamve ob causam, *ut si pupilli propter inhabilitatem tutorum & excusationem temporariam. §. 5. Instit. d. t. curatores accipiunt. Secus est; si tutor sit idoneus: Sed ad tempus impeditus, & pupillus infans aut absens, ubi non curator: sed Actor datur. l. 15. §. 1. ff. de tut.* ipse rebus suis superesse nequit. *pr. & §. 5. h. Sed numquid hodie furiosis & prodigis non legitimi, sed prætorii tutores sunt? Videntur agnati ipso jure curatores esse, sed his deficientibus, vel si inhabiles, dantur alii. Et ideo Justin. utitur verbo, solent. §. 3. de curat. & Ulp. l. 3. §. 3. de postul. Seneca contr. lib. 3. proœm. Confer. Dn. Ungep. 4. q. 10.*

AD THES. XXXIII.

SED VOLENS, NON INVITUS] Hodie etiam invitus. *Vid. Nor. in add. ad not. Vinn. §. 2. Inst. de Curat.*

NON TAMEM HI] H. e. ut ego intelligo, muti & surdi, & qui perpetuo morbo laborant. Nam furiosos & prodigos etiam invitos accipere curatores certum est, per ea, quæ habet Struv. *exerc. 31. th. pr.* De furioso vero expresse loquitur Schrader *l. c.* qui propterea ab Auctore non dissentit. Quod ergo eos attinet, qui perpetuo morbo laborant, hi absque distinctione non accipiunt inviti curatores. *Adde Struv. d. l.* Muti vero & surdi, vel plane inhabiles sunt ad negotia civilia gerenda, ita, ut nec ipsi intelligant, quid agant, nec quid alii cum iis agant, percipiant; vel mentem suam per signa, aut literas exprimere, & quid alii velint, sic satis intelligere possunt. Prioribus, quia furiosis non multum absimiles sunt, etiam invitis curator constituitur, non vero posterioribus. *Vid. omnino Struv. in Syntagm. Jur. feud. cap. 5. aph. 4. n. 5. & 6.*

XXXIV. Officium ergo Curatoris est, ut bona administret, & per consequens etiam personas tueatur ac defendat. *l. 7. ff. de cur. fur.* Hinc minor *ut curatorem non habens valide* Officium Curatoris quodnam?

contrahit., nec, nisi restitutione in integrum, juvatur: ita sine consensu Curatoris, *quem habet*, contrahere & obligari nequit. *l. 3. C. de in integr. rest. l. 16. pr. de minor.* Quemadmodum & prodignus *propter interdictam sibi administrationem. l. 10. pr. π. de cur. fur. Quapropter nec fidejussor pro eo intervenire potest l. 6. de V. O. Ne fraus fiat interdicto, cum fidejussor, quod pro tali solvat, judicio mandati repetere debeat. Adeo nec hujus contractus juramento confirmari potest. arg. l. 5. C. de LL. & arg. c. etsi Christus. 26. X. de jurej. Propterea tamen haut statuendum erat prodigum nec naturaliter obligari. Nec id l. 6. de V. O. probat. Quamvis enim naturali obligationi accedere possit fidejussor. l. 16. §. 3. de fidejuss. Secus tamen est in prodigo, quapropter & actio contraria ei denegatur. l. Marcellus. 25. ff. de fidejuss. Et furioso, quod ad defectum voluntatis comparatur, non ex vero, sed per interpretationem, ratione effectuum, in l. 40. de R. I. Sane naturaliter seu jure gentium obligatur. Non tamen fit debitor jure Gentium, propter ademtam administrationem, & imposßibilitatem praestationis. In contractibus ultro citroque obligatoriis, qui cum prodigo contraxerunt quamvis ignari interdictionis, non obligant prodigum, per l. 19. de R. I. Nec ignorantia contrahentis potest facere, ut prodigus alienandi potestatem recipiat. A. Fab. Iurisp. Pap. tit. 12. pr. 3. illat. 8. Dissentit. Fachin lib. 2. c. 68. idem A. Fab. Cod. lib. 1. tit. 38. def. sing. quam sequitur Dn. Carpzov. 2. 15. 37. in fine.*

Fidejussor pro prodigo intervenire nequit.

AD THES. XXXIV.

NON OBLIGANT PRODIGUM] Concedo ex solo contractu non obligari prodigum, etiamsi is, qui ignarus est conditionis ejus, cum ipso contraxerit, *arg. l. 19. de R. J.* Inde v. g. non poterit agi actione ex contractu adversus prodigum ad ejus implementum. Quod si vero traditio simul secuta sit a parte prodigi, praeprimis ex titulo oneroso, tunc si sciens cum ipso contraxerim, dominus utique non fio *per l. si sciens 26. ff. de contrah. emt.* neque usucapere rem emtam possum, quia sum instar m. f. possessoris *l. 12. de usucap.* sed heredes prodigi, omnino rem venditam a me, emtore, vindicare poterunt. *Vid. praejud. apud Carpz. d. P. II. c. 15. d. 37.* Si vero ignoraverim conditionem prodigi, distinguendum puto; an tempora usucapionum praeterlapsa sint, an non. Priori casu videor omnino domi-

dominium acquisivisse *l. 11. de usuc.* Si enim rei alienæ a non-domino, quem pro domino habebam, venditæ dominium mihi per longam possessionem bona fides tribuit, tribuet multo magis bona fides & justa ignorantia facti alieni dominium ejus rei, quam a domino, cui rerum alienatio interdicta erat, comparari; Videntur enim non-dominus & dominus, cui alienatio prohibita est, quoad translationem dominii coincidere. Cui accedit, quod & h. l. imputare sibi debeant illi, quorum interest, quod non debito tempore contradixerint; Posteriori vero casu rem venditam & traditam a me vindicari posse arbitror, quia scil. ut Auctor dicit, ignorantia contrahentis non potest facere, ut prodigus potestatem alienandi recipiat.

Excusatio.

XXXV. Restant *præter illa, quæ supra sparsim habuimus*, & tutelæ & curæ communia duo: Excusatio & suspecti remotio. Excusatio est allegatio immunitatis a tutela, vel cura. Ea competit omnibus, *etiam legitimis, l. 1. l. 4. C. de leg. tut. Et opponitur frustra l. 10. §. 7. ff. de excus. tut.* ex causa legibus approbata, *Nam falsa allegatio non liberat. §. fin. Inst. h.*

XXXVI. Sunt autem illæ numerus liberorum. *pr. instit. dummodo justorum & superstitum. d. pr. l. 2. §. 3. & 4. h. t. vel in acie amissorum. l. 18. ff. h. t. Non adoptivorum. d. pr. Vide orat. Scip. Censoris ap. A. Gell. 5. 19. Huc refer SCtum, cujus mentio apud Tac. 15. ann. 19.* Potestas. *§. 3. Instit. l. 17. §. 5. ff. eod. l. 41. §. 1. l. 6. §. 16. h. t.* absentia Reipubl. causa. *l. 41. §. 2. h. §. 2. Inst. h. l. 10. ff. eod.* tria onera tutelæ vel curæ. *§. 5. Inst.* * *Imo etiam unius negociosa. l. 31. §.* paupertas. *§. 6.* adversa valetudo. *§. 7.* literarum imperitia. *§. 8. Vide Duaren. 1. Anniverſ. 3. quid sit literas nescire apud Veteres. Sed ita hæ tres posteriores, siquidem per ipsas quis rebus suis superesse non potest. l. 7. l. 40. §. 1. l. 10. in fin ff. h. l. 3. C. qui morb. se excus. atque adeo quoad literarum imperitiam non potest obstare. l. 6. §. fin. ff. h. t.* ætas 70. annorum, *§. 13. instit.* professio artium liberalium, *l. 6. §. 11. ff. h. t. §. 15. Inst.* Inimicitiæ inter patrem pupilli & pupilli tutorem. *§. 9. & 11.* & similes. *Quibusdam vero singulari jure in perpetuum olim concessum. Ut Iliensibus. l. 17. §. 1. ff. h. t. propter conjunctionem originis Romanæ. Vide Strab. lib. 13. Item Familia Gordiana. Capitolin. in Gord. Plin. 7. c. 8.*

Literas nescire quid?

AD THES. XXXVI.

ÆTAS LXX. ANNORUM] Non obst. *l. ult. C. qui ætate, vel professione, lib. 10. vid. Brunnem. ad l. 1. C. qui ætate lib. 5.*

Quod tempus proponendis excusationibus præfixum?

XXXVII. Proponendæ sunt hæ excusationes intra 50. dies continuos, si tutor in urbe sit, vel intra 100. lapidem, *de his lapidibus Hotoman. Inst. h. Godofr. ad l. 21. §. 3. lit. b. ff. de Exc. tut. A. Augustinus. 4. Emend. 7. Rader. ad Mart. 10. 79. ipsi 68. Lips. de mag. Rom. 3. 10. §. 16. Instit. d. t. l. 13. §. 1. l. 38. π. eod.*. a tempore cognitionis numerandos. d. §. 16. d. l. 13. §. 1. & l. 6. C. eod. Peragendo autem negotio quatuor continui menses præstitui sunt. l. 38. h.* vel per simplicem allegationem. *§. 18. Inst.* vel appellationem. *l. 17. §. 1. ff. de appell. l. 16. ff. de excus. l. 28. de tut. & curat. dat.* * quam etiamnum post constitutionem Imperatoris Marci usurpari posse putamus. *l. Gajus. 16. de excus. l. 39. §. tutor. C. de admin. tut. l. 2. de tut. dat. l. 17. pr. h. t.*

Excusationes proponendæ vel per simplicem allegationem vel appellationem.

Quinam tutores & curatores suspecti postulari possint?

XXXIIX. Suspecti postulari possunt omnes tutores & curatores. *§. 2. Inst. h.* qui negligenter, vel non ex fide gerunt. *§. 5. Inst.* coram Magistratu competente, *quia ordinaria est jurisdictionis, quippe mandari potest. l. 4. de O. E. cui mand. est jurisd.* ut lite pendente administratione interdicantur. *§. 7. Inst. h. l. 7. C. eod.* & convicti removeantur, *l. 2. 3. de susp. tut.* si ob dolum cum infamia. *§. 6. Inst. fraudatores tutelarum turpi judicio coercendos Cicero dixit, pro Aul. Cæcin. & æstimationis summa pœna, id est, infamia, pro Roscio Com. Quæ pœna fuisse videtur legitima ex XII. Tabb. Etiam in vincula conjiciebantur. l. 3. §. 16. de susp. Tut. Et ad Præfectum urbi remittebantur. Vide Meril. ad quinquag. Decis. ad l. ult. C. arb. tut. vers. sitūris,* non vero si ob culpam. *§. 6.* nec latam quidem, ut volunt Interpp. communiter.*

Ob latam culpam remoti tutores non fiunt infames.

AD THES. XXXIIX.

NEC LATAM QUIDEM] *Arg. §. 6. Inst. de susp. tutor. l. 3. §. fin. & l. 4. ff. pr. eod.* Inter dissentientes, *vid. etiam Vinn. in not. ad d. §. 6.* Quibus brevissime responderi potest, regulam de culpa lata dolo adæquanda procedere saltem in civilibus, aut ubi de restitutione damni agitur, non vero in criminalibus, & ubi de pœna sermo est; (sic v. g. notum est homicidium culposum etiam lata culpa commissum non puniri pœna ordinaria)

Digitized by Google

ria) Infamia autem pœna est, pœna vero omnis præsupponit delictum, delictum προαίρεσιν. Culpa vero προαίρεσιν excludit, & consequenter pœnam, vel certe eandem cum delicto. Inde culpa ἀτύχημα vocatur Philosopho, delictum ἁμάρτημα. Adde quoad hanc quæstionem Franzk. *exerc. 3. qu. 8. Strub. in resolut. exerc. 7. th. 18. p. 115.* Aliquando tamen expresse dolus a lege præsumitur, ut si tutor inventarium facere neglexerit *l. fin. C. arbitr. tutel. junct. l. 7. pr. ff. de administ. tut.*

DISSERTATIO VI.

De

Adquirenda possessione & dominio.

RESPONDENTE
PETRO DANÆO, DITHMARSO.

APHORISMUS I.

VIdimus adquisitionem juris circa personas. Sequitur Jus rerum. *Vocabulum Rei varios in jure habet significatus quos vid. ap. Brecb. in l. 23. de V. S. Hoc loco usurpatur ut terminus artis, & ut contra distinguitur Personis, & Actionibus. Ita autem, dupliciter accipitur, vel pro juris, de quo quæritur subjecto, ut est homo, equus, fundus, vel pro jure, seu causa, ob quam aliquid alicujus est. Causa autem tendit vel ad adquirendum, vel conservandum, vel amittendum, per l. ult. de LL. Et ad hanc rerum tractationem juridicam accommodata est divisio, qua* Res vel sunt divini, vel humani juris. *l. 1. pr. ff. de div. rer. hæc est summa rerum divisio, ex qua fluit altera, quod vel sint in patrimonio, vel extra patrimonium: scilicet singulorum.* Jus rerum. Res quid hic significet? Expl. l. ult. de LL.

AD DISSERTAT. VI.

AD THES. I.

UT CONTRADISTINGUITUR PERSONIS] Vid. omnino Huber. *digress. Justin. l. 4. c. ..* ubi stringit Feltmannum, sub secundo juris objecto personas quandoque contineri opinantem: ad quam strictaram conatus quidem respondere Feltm. *in Benedict. cap. 4. p. 33. seqq.* sed frustra) sicutque docet h. l. vocis rei esse latiorem significatum, quam ubi de Jure rerum agitur.

SCILICET SINGULORUM] Bene, nam si accurate loqui volumus, omnes illæ species, quæ ad res extra commercium referuntur, sunt aliquatenus in cujusdam dominio, Reip. scilicet, aut Universitatis &c.

Res communes quid?

II. Res humani juris extra patrimonium sunt (1) communes, *quas dicimus illas esse, non quæ in communione primæva quæ nulla fuit, perstiterunt, sed quæ natura sua in proprietatem describi non potuerunt, adeo, ut omnibus animalibus manserint communes, ad usum necessarium. Et hoc est jure naturali commune esse. pr. & §. 1. Instit. de rer. divis. Non ergo dicuntur communes, exclusive ad proprietatem: Sed quia usum quendam præstant, qui bestiis æque atque homini communis est.* Ut aër, aqua profluens, *id est, aqua fluminis, quibus additur* mare, & per hoc, *id est, quatenus mare terminant,* litora maris. *§. 1. Instit. h. quod non accipiendum simpliciter, sed quatenus mare Oceanum vel nondum occupatum, vel secundum quosdam maris & litorum usus, quos occupantes ad se pertinere noluerunt. Vide dissertationem nostram, de Imperio maris, c. 3. thes. 2. Est autem litus, qua maxime fluctus exæstuat l. 112. de V. S. l. 96. ff. eod. fluctus nempe hybernus. §. 3. Inst. de Rer. div. quo tempore maxime turbatur mare.* Et hæ communes sunt omnibus ratione usus, proprietate nullius privati, *sed ita, ut nihilominus per partes occupari possint, & in proprietatem abeant. Quoad imperium autem in his publicum recte populi dicuntur, arg. l. 3. ff. ne quid in loc. publ. l. penult. ad L. Rh. de jactu.*

Litus.

Res communes per partes occupari possunt.

AD THES. II.

COMMUNES] Res *communes* secundum communem Dd. opinionem describuntur, *quod sint in dominio nullius hominis, usus vero earum ad omnes homines spectet,* in qua descriptione Auctor noster non acquiescit, sed etiam usum earum bestiis omnibus simul vult esse communem *hac th. 2. & 3.* Verum hæc assertio videtur ex illa Auctoris hypothesi profluere, qua jus naturale homini cum omnibus animantibus commune esse vult, *de qua dict. ad dissert. 2. th. 4.* Nos vero cum ibidem præsupposuerimus jus nullum posse in bruta cadere, hunc usum etiam communium rerum brutis non concedimus, scilicet per modum juris. Quis enim dubitet me absque injuria bestiæ eam, sive alterius, sive nullius, ab aquæ haustu in meo fundo posse arcere. Si vero lex civilis, aut pactum mihi obstet, tunc non tam jus bestiæ, quam jus hominis, cujus est bestia, consideratur.

Ca-

Caeterumque quod ad vulgarem rerum communium definitionem spectat, & ad earundem exempla, facile ostendi potest, nullam rem in rerum natura existere, quae non sit in proprietate aliquorum hominum, aut certe esse possit, cujusque usus ita communis sit omnibus hominibus, ut citra injuriam stricte dictam, iis denegari nequeat. Et quamvis demus; quandoque nos obligari, ut alios ad istum usum admittamus, si scil. nullum damnum concessio istius utilitatis nobis afferat, non tamen haec obligatio alteri jus eam violentis remediis a nobis exigendi tribuit, nec exinde evincitur, res istas usum praebentes non esse in alicujus proprietate, cum ex naturae praecepto quilibet obligetur, etiam rei suae usum innoxium alii concedere.

EXCLUSIVE AD PROPRIETATEM] Atqui dixerat modo Auctor per communes res intelligi eas, quae natura sua in proprietatem describi non potuerunt, quomodo ergo verba ista cum his cohaereant, non intelligo.

AER, *AQVA PROFLUENS*] Huc spectant quoque *ferae bestiae §. 12. Inst. de R. D.* Verum & aër & aqua profluens & mare, & per hoc littora maris & ferae bestiae, hodie in dominio sunt, eorumque usus omnibus non est communis. Nam (1) *Aër*, quoad usum, quem hominibus praebet, semper considerari debet ut accessorium terrae, aut aquae. Ergo si forte terrae quaedam, aut aquae, portio inhabitata sit, aut nondum occupata, iste quidem aër, qui supra illam terram, aut aquam, existit, hactenus res communis erit, ut a quolibet una cum terra, vel aqua, occupari queat; reliquus vero aër omnis, qui est supra terras, vel aquas occupatas, ejusdem conditionis est, cujus est ipsa terra & aqua, h. e. in dominio, sive Principis, si aërem spectes, qui est super integro territorio, de quo forte minus erit dubium, sive etiam privati, si scilicet aëris istam particulam consideres, quae est super fundis privatorum. Inde enim est, quod quilibet naturaliter aedificare possit in coelum usque; Inde est, quod in muro meo alterius aream attingente, sine servitute protegendi projiciendique non possim extruere meniana & suggrundia (Ercker und Wetter-Dächer.) Inde est, quod Jus Saxon. hanc rationem naturalem spectans dominium ramorum arboreorum ei attribuat, in cujus aëre pendent, etsi in alterius fundo positae sint arbores, aut ibi etiam radices agant contra rationem Juris Civilis, §. 31. *Inst. de R. D. Vid. Nov. in addit. ibid.* (2) *Aqua profluens*, quoad proprietatem erit utique ejusdem naturae, cujus est flumen ipsum, praeprimis cum essentia fluminis magis in aqua profluente consistat, quam in alveo, *arg. §. 33. Inst. de R. D.* Flumen autem vel publicum, vel privatum est, h. e. vel in dominio reipubl. vel in dominio privatorum, pariter ergo & aqua profluens fluminis erit

vel res publicæ, vel singulorum. (3) *Mare* quod attinet, huc spectat illustris controversia, quæ de dominio in mare inter Grotium & Seldenum intercessit, quorum ille *in tract. de mari libero*, mare nec occupatum esse, nec occupari posse; alter in libello *de mari clauso* utrimque contrarium adstruere conati sunt, uterque ex amore popularium suorum, Batavorum & Anglorum, inter quos tum temporis controversia illa ventilabatur. Sed Seldeni opinio calculum eruditorum meruit, eamque latius illustravit Auctor noster *in dissertat. de imper. maris.* Ergo & mare ex catalogo rursus common. exemtum est, & quamvis quædam Oceani partes adhuc incogitæ sint, ac Principes, alias ejusdem partes occupatas rursum dereliquerint, hæ tamen primis occupantibus iterum cedent. (4) *Littora maris* sine dubio ex natura sua ad res pertinent publicas. Quod vero Imperator eas inter res communes referat, ideo videtur factum esse, quia in erronea opinione fuit, nec mare, nec per hoc littora maris: quia scil. mari subjiciuntur, & ab eo quotidianis accessibus occupantur *l. pen. ff. de R. D.*) occupari a quoquam posse. Nos vero meliora edocti mare, & per hoc littora maris in dominio esse scimus. Jam, quod *usum aëris, aquæ profluentis, maris & littorum maris*, concernit; concedo nos usum innoxium earum rerum aliis hominibus debere concedere, sed non alio respectu atque aliarum rerum, quæ sub dominio nostro sunt; determinatio autem usus an sit innoxius, an non, nunquam penes eum erit, qui ipsum postulat, sed penes Principem, aut privatos, qui maris, ejusque littorum, aquæ profluentis, & territoriorum, aut fundorum, quorum accessorium aër est, sunt domini. Inde, si Princeps exteros permittat in territorio suo degere, aut privatus concedat alteri in fundo suo commorari, aëris haustum quidem non poterunt prohibere, utpote sine quo nemo potest subsistere, nec facile, & absque peccato aquæ haustium, cum hæc utilitas sit omnino innoxia: quo refero illud vulgatum Latonæ apud Ovidium:

Quid prohibetis aquas, usus communis aquarum est?

At si exteri transitum per territorium Principis postulent, aut alius in fundo privato spatiari cupiat, nec Princeps, nec privatus, cæteris paribus, obligati sunt, ut, si nolint, id permittant, etsi utrobique certa promissio fiat; nihil nisi aërem, aut aquam, gratis haurire velle eos, qui transitum, aut spatiandi potestatem, postulant, cautioque offeratur de indemnitate in reliquis præstanda (quicquid hic in contrarium proferat Grot. *lib. 2. de J. B. & P. cap. 2. §. 13.*) imo ne quidem obligatos eos esse arbitror, ut transitum, aut introitum, postulantibus rationem exprimant; cur illos nolint admittere, cum quilibet rerum suarum moderator sit & arbiter, ac consequenter de eorum usu aliis concedendo pro lubitu

queat

queat disponere, in tantum, ut, si possibile esset, de quo Mathematici disputant, inveniri ejusmodi perpetuum mobile, cujus ope homines per aërem quasi navigare valeant, tamen Princeps, aut privatus, non tenentur inviti hoc permittere, non magis atque privatus cogi potest, ut vicinus in ipsius aërem meniana immittat, quanquam utrobique forte nullum damnum alteri appareat, quod per ejusmodi navigium, aut emissionem, ille incurrat, in cujus aëre fiunt ista. Quoad *mare & littora* ejus nostri Principes, uti absque peccato certis ex causis quibusdam navigationem per mare interdicere poterunt, ita poterunt quoque ejusmodi personis prohibere, ne casas ponant in littoribus maris, aut retia ibi siccent, imo & contrafacientes punire, modo tamen iis parcant, qui non ex proaresi, sed citra voluntatem, per tempestatem & naufragium ad littora appelluntur. [redacted] vero navigationem per mare concedunt Principes, consequentia quoque navigationis, quæ in utilitate innoxia sunt posita, utpote casæ extructionem, retium exsiccationem concessisse videntur. Hæc ergo omnia, quæ hactenus allata sunt, aliter forent decidenda, si aër, aqua profluens, mare & littora maris essent res communes. Tunc enim cuilibet homini permittendum foret, aërem nostrum & aquam profluentem pro lubitu haurire, in mari pro lubitu piscari & navigare, littoribus maris pro lubitu uti: Atque, si communis hic usus denegaretur, denegantes coërceri possent, si privati sint, per actionem competentem, si principes, aut populi per bellum, ut in usurpatione juris sui neminem impediant. (5) Restant *feræ bestiæ*, quas hodie in dominio principis esse firmiter arbitror, qui & earum venationem aliis pro lubitu hodie concedit. Non ergo quisquam, cui id a Principe non permissum, usum venationis, tanquam rei communis, prætendere potuit.

PROPRIETATE NULLIUS PRIVATI] Hæc explicatio non convenit vulgari definitioni rerum communium, quin nec ipsius Auctoris, qui ab initio dixerat: *res communes natura sua in proprietatem describi non potuisse:* Ergo si natura rerum impedimento est proprietati, sane nec a Principe, ut qui naturas rerum immutare nequit, poterunt dominio subjici. Accedit, quod si ex hypothesi Auctoris res communes sunt in dominio populi, falsum erit, quod §. *seq.* dicit: res publicas per id, quod sint in proprietate populi, a rebus communibus differre. Videtur equidem Auctor *verb. s fin. th. 2.* tacite distinguere inter Imperium populi & dominium. Sed si hæc ipsius mens est, non debebat vocem proprietatis in verbis allatis ad privatos restringere.

PER PARTES] Scil. a privatis; Hunc quippe sensum contextus requirit. Sed quid per partes intelligat Auctor, ambiguum est: Nam quoad aërem & aquam profluentem aut intelligit minutas illas aëris & aquæ

par-

particulas, quæ hauriendo quasi acquiruntur, & tunc nos non habebit dissentientes, cum de his nullum sit dubium, aut intelligit partes aëris illas majores, quæ super fundis & aquis privatorum existunt, item aquam totam profluentem quæ flumen constituit; & tunc uti hujus rei veritatem supra demonstravimus, ita inferre exinde licebit, ab aëre quoad partes, & quidem plerasque, occupato ad falsitatem ejus sententiæ, quæ aërem inter res communes refert. Forte autem respexit Auctor ad littora maris, quæ per partes acquiri possunt, si quis in iis ædificet *l. 5. §. 1. l. 6. pr. ff. de R. D. l. 15. ff. de A. R. D l. 4. ff. ne quid in loco publ.* aut ad mare ipsum, in quo etiam licebit ædificium ponere *l. 2. §. 8. ne quid in loco publ.* modo utrobique non impediatur usus communis: Quæ sententia iterum opinioni nostræ obstat, dum supra mare & littora maris ad res publicas retulimus. Res vero publicæ nec per partes a privatis possunt occupari. Sed facilis responsio; hanc occupationem privatos habere non ex natura rei, sed ex concessione legis. Poterit autem respublica, uti quilibet privatus, juri suo pro arbitrio renunciare.

Res publicæ.

III. Deinde (2) res publicæ juris Gentium, quæ a communibus proprietate differunt, quæ est populi alicujus, *& ita mare quoque in quantum est occupatum, publicum est; usu autem scilic. omnibus animalibus communi, non differunt a communibus, sed similiter omnium sunt. Habent tamen & usum peculiarem, secundum quem non nisi hominum sunt communes. §. 2. & 4. Inst. h.* ut flumina *§. 2.* portus *§. 2.* ripæ *§ 4. adde jus navigandi, piscandi, §. 2. quo nemo prohiberi potest, l. 13. §. fin. de injur. * nisi pluribus annis in diverticulo fluminis solus piscatus quis fuerit, qui alium eodem jure uti prohibere potest. l. 7. ff. de div. & tem. præscript. Sed si desinit piscari, libertatem naturalem recipere videtur flumen, nec ulla hoc nomine competit præscriptio. l. 45. ff. de usurp. & usucap. Eodem jure communi sunt via quoque publicæ. l. 24. prim. de dam. inf.*

AD THES. III.

RES PUBLICÆ) Quoad definitionem rerum publicarum duæ Interpretum sunt opiniones; Et quoad *proprietatem* quidem in eo conveniunt, quod res publicæ sint in patrimonio populi. Quod vero *usum* concernit, alii rerum publicarum usum etiam omnibus hominibus putant esse communem, ut Auctor hic; Alii tantum communem esse arbitrantur omnibus, qui sunt de illo populo. Quoad mentem Justiniani utraque opi-

opinio textibus quibusdam Juris nititur. Et Auctoris sententiæ quidem maxime favere videtur *§. 4. Inst. de R. D. verbis: usus publicus est, junct. §. 5. Inst. eod. verbis: usus publ.* Quoad rei veritatem vero sententia Auctoris non subsistit. Nam jam dudum ostenderunt eruditi, principem non esse obligatum, ut cuilibet peregrino permittat in fluminibus, portis, ripis, viis publicis (quæ sunt exempla publicarum rerum) navigare, piscari, iter facere (in quibus consistit usus harum rerum præcipuus) quamvis hic iterum dissentiat Grot. *l. 2. c. 2. §. 13.* Imo ne omnibus quidem de populo ita communis est usus harum rerum, ut a Principe, aut Magistratu, non possint quidam ab isto usu arceri; præprimis, si piscaturam aspiciamus.

PISCANDI] Hodie enim, quamvis videamus quotidie apud nos permitti arundine in flumine publico piscari, aliis tamen instrumentis, v. g. retibus piscari cuilibet non licebit. Et hactenus recte scribit Schulz *in Synops. ad tit. de R. D. lit. b.* jus piscandi multis seculis in totum exolevisse, cum piscationem fluminis publici, aut Magistratus loci, per quem flumen decurrit, aut accolæ fluminis publici sibi vindicent. *Conf. Huber. ad Inst. de R. D. §. 5. p. m. 72.*

NISI PLURIBUS ANNIS] Conciliare vult Auctor *l. 7. ff. de divers. & tempor. præscr.* cum *l. 45. ff. de usurp. & usuc.* graviter sibi invicem obstantes. Faciunt cum Auctore Gottofr. *ad d. l. 7. Ant. Matth. not. ad Inst. p. m. 84.* Facerem & ego, si hæc conciliatio cum contextu *d. l. 45.* conveniret. Proponit ibi Papinianus regulam: præscriptionem in locis publ. non obtinere (intellige, etsi reliqua præscriptionis requisita, & inter ea quoque continuatio possessionis adsint, nam alias quæstio Domitiana foret) hancque regulam etiam exemplo de eo, qui pluribus annis in fluminis diverticulo piscatus est, declarat. Absurdum ergo ad regulam propositam foret exemplum, si de eo loqueretur JCtus, qui piscari desiisset, atque ita possessionem, necessarium præscriptionis requisitum, amisisset. Quid ergo? Antinomiam veram & dissensum inter Papinianum & Marcianum esse arbitror, sed prævalere tamen debere opinionem Marciani, quia scil. diverticulum fluminis diversæ est a flumine ipso naturæ & quasi juris privati, adeoque ad regulam a Papiniano propositam non quadrat. *Conf. Voët. ad d. §. 2. Inst. de R. D.* Quoad mentem vero Triboniani, aut Justiniani, cum ii simul & uno tempore diversas contradicentium JCtorum opiniones non potuerint amplecti, dicemus etiam, eos sententiam Marciani ex ista ratione, cum eam titulo de divers. & temp. præscript. insererent, approbasse, in relatione autem opinionis Papinianeæ in *tit. de usurp.* magis ad regulam, quam ad exempla ab eo allata respexisse. *Conf. de hac controv. Auct. infra exerc. 8. th. 17.*

Res Universitatis.

IV. (3) Res Universitatis, quarum proprietas est certæ alicujus universitatis, *aut collegii*, & usus singulis *ex universitate illa* communis, *ut theatra, stadia, balnea publica. §. 6. h. t. l. 2. §. 2. ff. ne quid in loc. pub.* * *a quibus differunt, quæ in patrimonio civitatis, & pecunia populi Romani esse dicuntur. l. 6. de contr. emt. ut sunt vectigalia, quæ populi ac Reip. Rom. sunt. Hæc enim a fisco locantur. l. 1. §. familia. l. locatio §. fin. l. quanta. §. fin. ff. de publ. & vect. l. omnium. C. de vect. & com. Talia olim vectigal portus, rerum venalium (qualis octava, si venditum exportandum, nec exportari probibitum esset.) l. ex præstatione & l. seq. C. de vect. & comm. l. fin. C. de Eunuch. Inde Octavarii, qui conductum illud habebant. l. allegatis. C. de vectig. Vicesima quarta, ob vendita mancipia, & reliquarum rerum venalium centesima. Vid. Gœdd. ad l. 17. de V. S.) Item metalla, peculia servor. publ. l. 17. ff. de V. S. quæ universitatis res quidem sunt, sed usus non est singulorum.*

Quæ differunt a rebus, quæ in patrimonio civitatis.

Octavarii.

AD THES. IV.

RES UNIVERSITATIS] At si res publicæ sunt, quæ in dominio reip. existunt, usus vero earum ad istos saltem spectat, qui sunt de illa rep. ut modo diximus, qualis remanebit differentia inter res universitatis & res publicas, cum universitas & resp. videantur unum idemque. Sed respondeo: videntur, at non sunt; Hic enim per Universitatem denotatur illud collegium omne, quod in republ. est, non tamen est ipsa resp. v. g. municipium, collegium opificum. Ex quo facile differentia inter res publicas, & universitatis apparet.

Res nullius.

V. Denique (4) res, *quæ tam proprietate, quam usu sunt* nullius, *qualium quinque genera recenset glossa in l. 1. v. nullius. ff. h. t. & §. 12. verb. simul atque Instit. eod. Sed dicere possumus, res quasdam ita nullius esse, ut nec alicujus fieri possint, sive id fiat natura sive hominis facto: Vel esse actu nullius, aptitudine in bonis, uti feræ, lapilli in litore, thesauri, res pro derelicto. Priori modo nullius sunt* res divini juris, sacræ, religiosæ & sanctæ. Sacræ, quæ rite & *publice. l. 6. §. 3. ff h. t.* per pontifices, *olim §. 8. Inst. h. t. Hodie per Antistitem cujusque loci. Nov. 67. c. 1. Nov. 131. c. 7.* DEO consecratæ sunt. *l. 9. ff. de R. V. ut ædes sacræ, μαρτύρια, de quibus Walafr. Strabo de reb. Eccles. c. 6. Pallad. in hist. Laus. c. de Amm.*

Sacræ.

Euse-

εὐκτήρια, oratoria Monachorum, donaria, quæ Græcis κειμήλια, Theoph. h. & ἀκίνητα, non quod sua natura immobilia, etsi & hæc sacra, sed quia amoveri [illegible] nefas. Balsamon. ad Can. 12. syn. 7. τὰ κειμήλια, ἤγουν τὰ ἱερὰ καὶ τὰς ἀκινήτους κτήσεις τῶν ἐκκλησιῶν. Justiniano, ἱερὰ σκεύη. Nov. 120. c. 10. Gloss. ἱερὰ ἀναθήματα, Vide Hesych. in ἀνάθημα, & Suidam. Campanæ autem sacra non habentur, etiam ubi baptizantur, ut in Gallia judicatum refert ex Mornacio Wissenbach. ad Inst. disp. 9. th. 10.

Campanæ an sint sacræ?

AD THES. V.

QUINQUE GENERA] Versiculo sequenti inclusa: Natura, facto, censura, tempore, casu. *Vid. Ludw. exerc. 4. th. 1. lit. e.* quarum applicationem illatam ipse facit Auctor, ut res nullius natura, i. e. feræ, facto, h. e. res derelictæ, tempore, e. [illegible] thesauros (adde etiam his res nullius casu, sive res hæreditarias) sint nullius actu tantum; res vero nullius censura, h. e. res divini juris sint tales actu & potentia simul.

PRIORI MODO NULLIUS] Scil. privati, a quibus nec acquirit possunt. Cæterum res divini juris in commercio reipublicæ esse nullum est dubium, quia videmus alienatis rebus profanis & v. g. integris municipiis simul alienari templa, sepulcra & muros. Adeoque conveniunt cum rebus publicis, quoad proprietatem, uti & res ecclesiasticæ, quæ quomodo a rebus sacris differant, vid. Struv. *exerc. 31. th. 74.* Forte ita dici posset. Res publicæ sunt vel profanæ, quarum usus spectat ad singulos de populo, ut flumina &c. vel non profanæ, quæ iterum vel sacræ, quarum usus spectat ad cultum divinum, vel ecclesiasticæ, quarum usus spectat ad ministros Ecclesiæ &c. vel religiosæ, quarum usus est in sepeliendis mortuis, vel sanctæ, quarum usus spectat etiam ad singulos, ita tamen, ut iis non debeant abuti. Ita secundum hypothesin, quod religiosæ & sanctæ res sint juris divini. Moribus Christianorum sanctæ res potius inter profanas referendæ forent.

DIVINI JURIS] Desumta hæc divisio ex moribus Gentilium, qui res sacras dedicabant Diis superis, religiosas inferis, & sanctas mediocrimis, seu heroibus. Ita, ni fallor, Manzius.

ORATORIA MONACHORUM] Videntur hæc potius spectare [illegible] res ecclesiasticas, partim, quia non immediate faciunt ad cultum divinum, partim, quia auctoritate publica non sunt consecrata. *Conf. Dn. Schilt. exerc. 4. th. 7.*

VI. Unde alienari & obligari regulariter non possunt, *d. §. 8. Excipiuntur enim casus redemptionis captivorum. §. sacra*

g. æris alieni. Nov. 7. Nov. 120. auth. hoc jus porrectum, & auth. præterea. C. de SS Eccles. Nec in profanos usus converti debent, *cessante quantumvis usu illo pristino, cui inserviebant olim. Nam hoc casu ad alios pios usus converti debent. c. 51. de R. J. in 6. Et in his rebus etiam area, dirutis ædibus, sacra manet. §. 8. h. l. 73. de contr. em. t. Cic. Phil. 9. Trajan. ad Plin. 10. Epist.* * *Etiam jure Canonico, quamvis alii mutatum eo jure putent per c. Ecclesiis. 20. de consec. dist. 1. c. ligneis. 6. X. de consecr. Sed loquuntur Canones de novo ædificio, seu superficie, quæ quum antea non fuerit, merito nunc quidem consecrari debet: Sed inde non sequitur, solum interim profanum fuisse.*

Area, dirutis ædibus, sacra manet.
Etiam jure Canon.

AD THES. VI.

EXCIPIUNTUR ENIM] Alias 6. exceptiones vid. omnino apud Brunnem. *exerc. 6. §. 8. Inst. de R. D. p. 45.*

Religiosa loca.

VII. Religiosa fiunt loca, si mortuum aut cineres in ea dominus inferat. *§. 9. h. Festus in Religiosus. Frontin. de limit. agr. Exceptis hostium sepulcris, quæ non sunt religiosa. l. 4. de sepul. viol.* Quod si locus communis, *id est, diversorum pro indiviso* purus sit, inferri non potest invitis sociis extraneus. *l. 2. §. 1. ff. de Rel. & sumt. l. 6. §. 6. comm. divid. data contra inferentem actione in factum d. l. 6. ff. comm. div. Sed socius tenetur actione communi dividundo. Ratio, quia actio in factum datur, ut mortuus tollatur ab eo, qui jus inferendi non habuit. At socius habet jus inferendi. Superest ergo ut loci pretium communi dividundo actione, aut actione pro socio petatur. l. 39. ff. pro soc. Itaque putat Cujacius Papin. ad l. 43. de relig. in d. l. 6. Trebatii & Labeonis sententiam referri, non probari. Aliter Merill. 3. O. 9. qui duplicem statuit actionem in factum, aliam, qua inferens convenitur, ut mortuum tollat: Aliam, qua jus inferendi habens prohibitus. l. 8. §. ult. de relig. agit actione in factum, quanti interest socium, dum mortuum inferre vellet in communem locum prohibitum non fuisse.* secus si dominus inferendus. *l. 41. ff. de Rel. juncta l. 43. eod.* vel commune sit sepulchrum, *d. §. 9. inst. h. Cum vero in diversis locis corpus unum sepultum sit, ille tantum religiosus fit, in quo caput conditum est. l. 44. de Rel. & sumt.*

Locus communis purus.

Explic. l. 6. §. 6. comm. divid.

sumt. forte, quod totus homo in capite & vultu sit. Apulejus de dog. Plat. Sed cenotaphium religiosum non est. l. 7. π. de Rer. div. Vide Alciat. 10. parerg. 12. Corras. ad l. 6. de Rer. div. Pacium. 8. antim. 54.

Cenotaphium religiosum non est.

AD THES. VII.

RELIGIOSA FIUNT LOCA] Jure Canonico privata auctoritate locus non fit religiosus per illationem mortui, sed requiritur auctoritas & consecratio Episcopi. Atque Jus Canoni sequuntur mores nostri, quibus regulariter mortuos sepelire non licet, nisi in cœmiteriis, aut etiam templis, cum auctoritate & scientia Magistratus aut Episcopi. Schulz. *in synop. Inst. de R. D. lit. f. Not. in add. ad not. Vinn. §. 9. Inst. de R. D. Carp. 20.^a Consistor. lib. 2. def. 385. - 395. Brunnem. de Jure Eccl. L. 2. c. 2. §. 12. ibique Dn. Stryk. in notis.*

DATA CONTRA INFERENTEM] Nimirum quia socius in communem locum purum inferre mortuum extraneum, invito socio, non potest §. 9. *Inst. de R. D.* quæritur: quid si de facto intulerit invito, aut inscio socio, quam actionem socius invitus habeat adversus socium inferentem? Videntur pugnare *l. 2. §. 1. de relig. & sumt. funer & l. 6. §. 6. ff. comm. divid.* In priori enim dicitur, quod socius inferens conveniri possit actione communi dividundi, ut scil. pretium refundat, *in l. 6.* vero *§. 6.* dicitur, quod etiam conveniri possit actione in factum, scil. de religiosis, non ut pretium solvat, sed ut mortuum illatum tollat. Respondet Auctor: *l. 6. §. 6.* non loqui de actione, quæ detur adversus socium inferentem, sed quæ detur adversus extraneum, qui consentiente uno socio intulerit. Verum hanc responsionem non admittunt verba initialia *d. §. 6. si quis in communem locum mortuum intulerit*, quæ innuunt mortuum non ab extraneo, sed ab ipso socio illatum esse. Placet ergo responsio Merillii: per actionem in factum non intelligi actionem de religiosis, sed de mortuo inferendo, adeoque *d. l. 6.* non loqui de actione, quæ detur socio invito adversus socium inferentem, sed quæ detur socio inferenti, aut inferre volenti, adversus socium invitum illationi contradicentem, aut illatum de facto ejicere volentem, cui responsioni favet *l. 43. de relig.* eamque prolixius declarat Struv. *exerc. 15. th. 90. junct. th. 77.*

CENOTAPHIUM RELIGIOSUM NON EST] Vid. omnino Struv. *exerc. 15. th. 69.*

VIII. Sanctæ res quæ sanctione, *τιμωρία. Sanctio ποινῆ λατία τῳ νόμῳ. Vide Macrob. 3. 1. 3.* aliqua contra injurias hominum munitæ sunt. *§. 10. Instit. h. ut leges, portæ, muri civitatum, quos violare capitale est. l. fin. ff. de R. D. Cic. lib. 3. de N. D. non* so-

Sanctæ res.

Muros cujuscunque urbis violare capitale.

solum urbis Romæ: sed cujuscunque. arg. §. 10. h. l. 8. §. 2. & l. fin. ff. h. t. Quia hostile civem Romanum alia, quam per portas egredi. d. l. fin. atqui & in municipiis degentes sunt cives Romani. l. 17. de Stat. homin. Hactenus de rebus, in quibus privato nihil juris adquiri potest, sed quæ sunt extra patrimonium privatorum negative.

AD THES. IIX.

SED CUJUSCUNQUE] Quæ distinctiones hodie circa eorum poenam, qui muros transcendunt, observari soleant, vid. apud Auctores a Nor. *in addit. ad not. Vinn. §. 10. Inst. de R. D. allegatos.*

Dominium. Ejus ratio formalis quæ?

IX. In patrimonio sunt omnes res, quæ singulorum hominum propriæ fieri possunt. §. 11. *Inst. h. t.* Fiunt autem dominio, quod est jus, quo res alicujus propria est, *est enim proprietas dominii formalis ratio. l. 7. C. de quast. l. 69. 70. §. 1. ff. de usufr. l. 13. ff. de A. R. D. l. 52. §. 10. ff. pro socio. l. 1. §. 1. ad SCt. Syll. l. 25. de V. S.* Estque duplex, *quæ divisio est generis analogi*, vel dominium corporis, vel juris. *Illud a nemine in dubium vocatur, & subinde a JCtis dominium proprietatis (vocabulo abstractive accepto, pro specie propria) appellatur. l. 13. 16. §. proprietatis. l. 57. inf. ff. de usufruct. l. 17. ff. Quib. mod. ususfr. am. l. 4. C. de probat. l. 16. §. 1. de usu & hab. l. 5. pr. ff. de ususfr. pet. l. 33. de R. V. Hoc vero probatur per l. 3. si ususfr. pet. l. 15. §. 8. Quod vi aut clam l. fin. C. de cens. & cens. l. 8. π. de reb. auct. jud. l. 13. §. 1. de dam. inf. l. eorum. 19. ff. eod. l. 11. §. 2. de pign. l. 13. pr. de A. R. D.*

Dominium est vel corporis vel juris.

AD THES. IX.

HOC VERO PROBATUR] *Conf. Magnif. Dn. D. Born. Disp. inaug. de jure in re actiones reales producente, cap. 3. 8. 2. Struv. exerc. 15. th. 3.* Dissentiunt communiter, qui vulgatam juris in re divisionem cum Hahnio propugnant. *Conf. Hub. Inst. de R. D. §. 11. p. 77.* sed horum objectionibus facile satisfieri potest, si modo hypothesin JCtissimi Dn. D. Bornii *ex d. disp.* recte capias.

X. Dominium adquiritur modis ad illud transferendum habilibus, qui alii sunt Jure Gentium, alii jure civili. Jure gentium, *non aliter, quam* mediante possessione, quæ *accipitur interdum pro usucapione. l. denique. 19. l. ait prætor. 23. §. 1. ff. ex quibus*

bus cauf. maj. *Interdum proipsa proprietate rerum immobilium.* *l. 17. π. de S. R. P. l. 78. de V. S.* *Nec non pro jure persequendi retinendique patrimonii, quod morientis fuit. t. t. D. & C. de H. P.* * *Hoc loco pro detentione & incubatione rei.* *Et ita, etsi differunt, esse in possessione & possidere, quod illud nudam notat detentionem. § 5. Instit. de interd. l. 9. 10. §. 1. h. tamen nonnunquam in possessione esse dicitur & is, qui vere possidet. §. 5. Instit. de interd. vers. quin etiam. l. 11. §. 13. Quod vi aut clam. Sic & tenere sæpe is, qui vere possidet. l. 15. §. 3. Ex quibus. cauf. maj. l. 21. in fin. de hered. vel act. vend. l. 44. §. 2. h. l. 33. §. ult. l. 44. §. ult. de Usurp. l. 5. in fin. C. de div. præd. urb. & rust.* dicitur a sedibus. *l. 1. pr. ff. h. t.* *Est enim ita sedere, ut loci pos. id est, potens sis. Grot. flor. spars. Græcis κατοχὴ, Hermenopulo νομὴ, sed & καθέξεσις.* Possessionis varia significatio. Differunt plerumque hæc duo; esse in possessione & possidere.

XI. Est detentio, *actus tenentis, in quantum tenet, neque semper actus, quem secundum appellant, quando corpore rem mobilem complectimur, immobili insistimus, incorporali utimur actu ipso: Sed & primus, quando rem semel corpore prehensam animo habemus, ut quandocunque volumus, liceat comprehendere. l. 3. §. Nerva. 13. π. h. t.* * *Non tamen jus est, l. 1. §. 3. 4. l. 29. h. l. 19. Ex quib. cauf. maj. l. 12. §. 2. de capt. l. 1. §. 15. Si is, qui test. lib.* * *Quamvis ex hoc, ut pleroque facto, jus oriatur.* Rei, *etiam incorporalis, ut tangi illa, & possidere propterea nequeat actu corporali, analogice tamen potest: l. 9. ff. de her. pet. l. 3. si usufr. pet. l. 2. comm. præd. l. 10. ff. de lib. cau. l. 4. uti poss. l. 7. de itin. act. pri. l. 2. §. 3. π. de prec. Unde statutum de possessione loquens, etiam de ista interpretandum. Duaren. ad l. 3. h. t.* cum adfectione & animo habendi. *l. 1. §. 3. h. t. l. 3. §. 3. l. 1. §. 9. & 20. l. 46. h. t. l. 41. inf. de R. C. l. 67. pr. ff. de furt.* Possessionis definitio. Possessio non est jus. Res incorporalis possidetur analogice.

AD THES. XI.

NON TAMEN JUS EST] Distinguendæ h. l. sunt quæstiones: (1) an possessio recte per jus definiatur (2) an ex possessione jus oriatur (3) an hoc jus sit jus in re (4) an sint jus in re actionem realem producens. *Primam* nego per textus ab Auct. alleg. *add. Bicii Aurea coll. 3. §. 145. lit. cc. Secundam & tertiam* affirmo per textus a Struv. *exerc. 42. th. 4.* citatos, cui Auctor noster non est contrarius. *Conf. Hub-*

er

ad Inst. p. 382. seqq. qui quoad quæstionem tertiam tantum verbis a nobis dissentit, per jus enim in re intelligit actionem producens. *Quartam* iterum nego per ea, quæ habet *Magnif. Dn. D. Born. d. c. 4. & Hub. d. loc.*

Possessio vel naturalis vel civilis.

XII. Estque vel naturalis, vel civilis. *l. 2. §. 1. pro her. l. 1. §. 9. ff. de V. & V. A. l. 3. §. fin. ff. ad exhib.* * *Quarum etsi utraque animum habenti, & corpus insistens rei requirit l. 3. §. 1. l. 8. π. h. t. Tamen* hæc adfectione domini, *tanquam specifica differentia, quæ provenit ex conscientia dominii juste adquisiti, modo jure civili approbato. l 13. §. 1. π. de Publ. in R. l. 22. §. 1. de Nox. act.* Illa, *citra adfectionem & conscientiam domini*, animo sibi habendi constat. *Quibus additur corporalis a Bart. ex l. 25. §. 2. h. t. Sed non est nova species possessionis: Sed modus possidendi seu desinendi. Alii addunt civilissimam, Fachin. 8. cont 5. Qualis denominatur a modo adquirendi, qui ex mera juris civilis dispositione descendit, & fit sine actu apprehensionis vero vel ficto. Quidam unam tantum, nempe naturalem agnoscunt. l 3. §. 21. h. t. Resp. agi ibi de diversis possidendi causis seu titulis, qui diversa possessionum genera facere negantur.*

Est quædam possessio sec. nonnullos civilissima.

AD THES. XII.

EST VEL NATURALIS, VEL CIVILIS] Sive dicas: possessionem esse speciem infimam, sive non, perinde erit. In divisionibus quippe accidentium accuratæ divisionis requisita non ita attendenda erunt, uti in definitionibus substantiarum. Erunt ergo divisiones possessionis reales non eo sensu, quasi non possint esse in uno subjecto (nam recte notant Biccius & Magnif. D. Born, unam possessionem diverso tempore & justam & injustam esse posse, quod item procedet in naturali & civili,) sed quod accidentia inter se iterum per alia accidentia soleant dividi realiter. Cæterum divisio hæc possessionis in naturalem & civilem dupliciter intelligitur; vel enim ita possessio dividitur ratione formæ possessionis, prout Auctor eam explicat; vel ratione modi possidendi, & tunc naturalis est, quando corpore [illegible] facto ipso possessionem apprehendimus eique insistimus: civilis vero quando animo retinemus possessionem (ita naturaliter possidet ædes suas, qui in ædibus est; civiliter possidet eas, qui v. g. peregre abest) *Vid. Strub. exerc. 42. th. 5. Eckolt. de A. & A. P. §. 3.* Plures æquivocationes possessionis naturalis & civilis vide apud Bicc. *in Aur. sect. 3. th. 153. 154.*

EX

EX MERA JURIS CIVILIS] Nimirum si statutum aliquod disponat, ut possessio defuncti ipso jure in heredem transferatur. *Fachin. d. lib. 5. cap. 8.*

XIII. Itaque civilis, est actus rem sibi habentis animo domini. *d. l. 13. §. 1. de Publici. in rem act. qualem animum non is habere intelligitur, qui sciens se dominum esse non posse, pro domino se gerit tamen, sed is, qui propterea pro domino se gerit, quia non aliter scit, quam se dominum esse.* Ergo civiliter possidet dominus, *l. 1. §. 2. Uti poss. veluti, qui ex titulo speciali pro suo possidet l. 3. §. 21. de A. P. l. 2. pro suo.* & bonæ fidei possessor. * *arg. §. 35. Inst. de Rer. div. qui in genere pro suo, in specie, adjuncto titulo, ex quo adquisiverunt, possidere dicuntur, ut pro emtore, pro herede &c. l. 1. pr. pro suo. l. 3. §. 21. d. t.* Qualis B. F. possessor is etiam est, qui autore Prætore possidet. *qui autore. de R. I. l. 11. π. h. t. ut si missus in possessionem ex secundo decreto. l. si finita. 15. §. Julianus de damn. inf. Item qui ex causa rei judicatæ possidet. Vel enim prior possessor dominus fuit, & missus sit itidem. l. 1. pr. ff. de FunDOt. l. 15. §. 17. & 23. de dam. inf. vel non fuit, & transit in eum usucapiendi conditio. l. 5. l. 15. §. 16. l. 44. §. 1. de dam. inf. Vide Duar. ad l. 11. h. t.* Conjux in re donata, non in quibus caussis donatio valida est. *Quia tum potest usucapere. l. 3. pro donato. Ad usucapionem autem sola civilis possessio proficit.* *Civilis possessio quid? Quinam civiliter possident?*

AD THES. XIII.

QUIA NON ALITER SCIT, QUAM SE DOMINUM ESSE] Adde tamen, modo & ista scientia sit legibus conformis. Inde civiliter non possidebit v. g. usufructuarius partum ancillæ, quamvis habeat animum dominii & putet se dominum esse, seu partum ancillæ esse in fructu. Hæc enim scientia legibus non conformis *§. 37. Inst. de R. D.* nec ipsi ad usucapionem prodest. *arg. §. 2. Inst. de usucap.* (civilis vero possessio prodest ad usucapionem. vid. Auct. §. seq.)

XIV. Naturalis possessio est habentis rem citra animum domini. *Qui vel abest propter titulum injustum*, sic possident ii, qui vi, clam, precario possessionem nacti sunt. *arg. l. 1. §. ult. ff. uti poss. l. 6. h. t. Vel abest propter titulum dominium non transferentem*, Creditor. *l. 2. §. 10. π. com. div. l. 35. fin. l. 40. pr. & §. fin. de* *Naturalis possessio quid? Quidam naturaliter possident?*

Digitized by Google

pig. act. l. 31. de A R D. arg. l. 36. h. t. l. 16. de usurp. Emphyteuta. *l. 15. §. 1. ff. Qui satisd. cog. l. 31. de pign. & hypoth.* Superficiarius. *arg. l. 1. §. 1. & 2. l. 2. ff. de superf.* Ususfructuarius. *l. 49. de A. P. l. 21. π. Quemadm. ser. am. l. fin. ff. uti poss. l. 3. §. 13. juncta l. 1. §. 9. π. de V. & V. A.* Vasallus *c. un. §. fin. 2. Feud. 8.* Conjux rem illicite donatam. *l. 26. de don. int. vir. & uxor. l. 1 §. 16. π. de V. & V. A.* Sequester. *l. 17. §. 1. depos.* * *non obloquente l. interesse 39. h. t. Etenim regulariter est nudus detentor. l. 6. ff. Depos. juncta l. 39. in f. & l. 3. §. ult. h. t. Naturaliter autem tum demum cum deponentibus placuerit rem apud Sequestrem omittenda possessionis causa deponi. d. l. 39.* Et quilibet possessor injustus. *l. 1. §. 4. h. Huc pertinet, qui a furioso sciens emit, qui a minore XII. annis sibi nupta quasi dotem sciens accepit. Cui scienti legatum solutum est ex falsa causa. arg. l. 13. §. 1. de her. pet.*

Quilibet possessor injustus naturaliter possidet.

AD THES. XIV.

PROPTER TITULUM DOMINIUM NON TRANSFERENTEM] Ille titulus dominium non transferens vel transfert aliud jus in re, ut in eo, qui pro pignore, vel usufructu possidet, vel ne quidem aliud jus in re transfert. Prior facit possessionem naturalem, ut hic, etiamsi animum non habeat rem ipsam sibi habendi, sed tantum jus suum, quod in re habet, conservandi; alias ab eo, qui injusto titulo rem possideret, non differret. Posterior vero possessionem naturalem non facit ut commodatarii, depositarii &c. Nam commodatarii & depositarii sunt nudi detentatores, *Vid. Eckolt. de A. & A. P. §. 3. & 7.* intellige, quatenus ut depositarii & commodatarii rem absque animo sibi habendi habent, sed nomine domini possident: quatenus vero rem domino exhibere nolunt, & ipsi, & alii m. f. possessores naturaliter possidere incipiunt.

EMPHYTEUTA, SUPERFICIARIUS, VASALLUS] Videtur ratio hujus assertionis in eo sita esse, quia ex nonnullorum opinione emphyteusis, superficies, feudum, praeter usumfructum, aut jus simile, nihil tribuunt, cum hi nullum dominium utile agnoscant. Sed cum verior opinio sit, emphyteutam, superficiarium, vasallum dominos utiles esse, quod eleganter deducit Struv. *exerc. 11. th. 55.* non poterunt non possidere civiliter. Inde mirum, quod Dn. Struv. in materia possessionis, quoad emphyteutam & superficiarium, cum Auctore consentiat *exerc. 42. th. 7.* item, quoad vasallum, *in syntagm. feud. cap. 11. aph. 1.*

aph. 1. n. 4. Leges vero, quas Auctor pro sua sententia adducit, vel de possessione in genere loquuntur, adeoque plane non obstant, vel quando dicunt, quod emphyteuta, superficiarius & vasallus possideant rem alienam, ad dominium directum respiciunt.

VSVFRVCTVARIVS] Dissentit Dn. *Struv. exerc. 42. th. 7. Cui respondet Eckolt. de A. & A. P. 5; 6.*

XV. Sed & is, qui precario rogavit, *non ut sibi morari in fundo, ut in l. 6. §. 2. ff. de precar. Sed* ut possidere liceret. *l. 14. §. 1. ff. de precar. l. 22. §. 1. de nox. act. l. 13. §. 1. π. de publ. in R. A. l. 15. §. 4. π. de precar.* * *Civili possessione penes concedentem manente. d. l. 15. § 4. π. de prec. Adeoque duo eandem rem in solidum, diverso possessionis genere vel nat. vel Civil. possidere queunt. l. 3. pr. ff. uti poss. l. 3. §. 5. h. t. l. 15. §. 4. de precar.* Quat. duo eandem rem in solidum possidere queant.

AD THES XV.

DUO EANDEM REM IN SOLIDUM] An duo, vel plures, eandem rem in solidum possidere possint, antiqua quæstio est. Committuntur *l. 5. §. f. ff. commod. item l. 3. §. 5. ff. de A. & A. P. cum l. 3. pr. ff. uti possidetis.* Tres autem circa allatam quæstionem deprehendi sententias; Alii enim (1.) ut textus allatos concilient, dicunt cum Auctore; duos eandem rem in solidum possidere non posse eodem genere possessionis, posse vero diverso possessionis genere, si nimirum unus naturaliter, alter civiliter possideat; Alii (2) nec diverso possessionis genere solidam unius rei plurium possessionem admittunt; Alii (3) dictam *l. 5. §. fin. Commod. & l. 3. §. 5. ff. de acquir. & amitt. poss.* insuper habentes etiam uno possessionis genere plures eandem rem in solidum possidere posse arbitrantur. Nobis videtur veritati convenientissima mediorum opinio per ea, quæ eleganter afferunt Struv. *exerc. 42. th. 8. & in resolut. ibid. p. 541 usque ad 549. Bicc. in Aur. sect. 3. th. 157. lit. bb. Franzk. exerc. 14. qu. 4. n. 10. Excell. Dn. D. A. B. Carpz. disp. de jure dividui & individui c. 3. th. 7. 8.* Poterunt vero plures eandem rem possidere pro parte tam divisa, quam indivisa *arg. l. 26. l. 43. pr. ff. de A. & A. P. l. 4. pr. & §. 1. ff. pro emtore.* Quid opinioni primæ responderi debeat, tradunt prolixe Autores citati. Restat tertia, pro qua video afferri duo exempla: (1) plurium eandem rem naturaliter simul possidentium, si scil. usufructuarius usumfructum oppignoret creditori, *l. 11. §. 2. ff. de pignor.* Utrumque enim tunc possidere naturaliter; illum quidem retinere possessionem suam *l. 12. §. 2. de usufr.* hunc vero consequi possessionem pignoratitiam *l. 13. §. 1. de publ. in rem act. l. 22. §. 1. de nox. act.* (2) plu-

 rium

rium eandem rem civiliter simul possidentium, scil. domini feudi & vasalli, item domini emphyteuseos & emphyteutæ, licet diverso animo dominii; alterum enim possidere, tanquam dominum directum, alterum, tanquam dominum utilem. Respondeo ad (1) tum ex hypothesi aliorum, nimirum usufructuarium nunquam esse naturalem possessorem, sed nudum detentatorem. *Vid. annot. præced.* tum ex hypothesi nostra usufructuarium per oppignorationem possessionem suam naturalem amittere, perinde uti alium quemvis debitorem rem suam creditori oppignorantem. *l. 1. §. 15. de A. & A. P. Add. Strub. in resolut. p. m. 544. n. 4.* Nec pro usufructuario quicquam facit *d. l. 12. §. 2.* de usufr. utpote qui nec de oppignoratione agit, nec de possessionis retentione, sed retenti usufructus tantum mentionem facit, a retentione autem usufructus non magis, quam a retentione dominii ad retentionem possessionis V. C. *Adde Auct. hic th. 16. in fine.* Ad (2) Resp. iterum, tum ex hypothesi aliorum, negando emphyteutam & vasallum possidere civiliter, *vid. annot. ad §. praeced. conf. Strub. synt. feud. c. 11. aph. 1. p. 401.* tum ex hypothesi nostra, negando quod dominus directus feudum & fundum emphyteuticum possideat. Transferre quippe cogitur possessionem feudi in vasallum *2. F. 26. §. si fatia*, & quidem vacuam *2. F. 7. §. 1.* & possessio feudi ad vasallum pertinet *2. F. 8. §. 1.* Quod si tamen vel maxime domino directo possessionem quandam velis relinquere, erit illa non corporis feudalis, sed juris, quod is dominus in feudo habet. *Strub. synt. feud. d. l.*

Quota pro indiviso possideri potest.

XVI. Possidentur res corporales. *l. 3. pr.* mobiles, immobiles. *l. 7. l. 13. & passim h.* sed certæ. *l. 3. §. 2.* *Qualis est quoque pars quota pro indiviso, in quam totum corporaliter nondum est divisum: sed intellectu. l. 5. de stipul. serv. & pars κατ' ἐξοχὴν appellatur. d. l. 25. §. 1. de V. S. arg. l. 6. §. 1. comm. præd. l. loc. 26. h. l. 43. pr. hic.* * *Secus ergo in parte incerta ratione tum loci, tum quotæ, cujus non est possessio. l. si fur. 32. in fin. de usuc. l. 26. in fin. h.* Vacuæ, *ab alia ejusdem generis possessione. l. 3. §. 5. h. t.* etiamsi non sint in commercio, liber homo. *§. 4. Inst. per quas pers. l. 1. §. 6. l. 4. h. l. 10. pr. & §. 4. l. 54. §. ult. de A. R. D.* res sacræ, sanctæ, religiosæ publicæ. *§. 1. Inst. de usuc. l. 26. §. 4. C. de Episcop. aud. ab eo, qui justo errore deceptus possidet.* * *Alia ratio est rerum universitatis, qualia sunt theatra, fora, balnea, quæ non possidentur, a singulis: Possidentur tamen ab Universitate l. 1. §. ult. h. licet iis promiscue*

Res universitatis non possidentur a singulis.

muni-

Digitized by Google

municipes utantur. Longe enim distat hic usus a possessione, quæ in rei detentione: Hic vero in commoditate aliqua percipienda versatur. Denique incorporales *seu jur.s. ib. l.*

AD THES. XVI.

AB ALIA EIUSDEM GENERIS] Imo ab alia etiam diversi generis possessione. Nam hæc assertio Auctoris profluit ex hypothesi §. *anteced.* quasi duo eandem rem in solidum diverso possessionis genere possidere queant.

QUI JUSTO ERRORE DECEPTUS] Si enim sciam esse hominem liberum, aut rem sacram, non possideo *l. 23. §. 2. ff. de A. & A. P. l. 30. §. 1. eod.*

XVII. Adquiritur possessio vel per nos, vel alios. Per nos animo. *Ergo nequit furiosus l. 1. §. 3. h. nisi per servum ex causa peculiari. l. 1. §. 5. h. l. 28 ff de usurp.* ne curatoris quidem autoritate, cum hic nihil sit, quod curator suppleat. Infans autem tutore autore potest. l. 32. §. 2 h. ut & in casu singulari l. 3. C h. t. Pupillus, infante major, etiam absque eo. l. 1. §. 3. l. 32. h. Jacenti hereditati non potest adquiri possessio, quia hereditas animum non habet. l. 1. §. 15. f. test. hb. Excipiuntur tamen causæ, ex quibus ignorantes adquirunt. Ex iisdem enim etiam infans & furiosus sine tut. vel cur. itemque hereditas, & per hanc futurus heres adquirere potest. l. 1. §. 5. l. 32. f. h. l. 28. de usuc. l. 61. pr. de A. R. D. l. 1. §. 5. in f. h. t. l. 16. de O. & A.* & corpore, *corporali apprehensione l. 3. §. 1. & 8. h. Unde possessio ipso jure in suum heredem non continuatur. l. 23. h. t. l. 129. de usurp. Quia nuda exsistentia plus operari nequit in suo, quam aditio hereditatis in extraneo.*

Jacenti hereditati cur non possit adquiri possessio.

Possessio in suum heredem ipso jure con tinuatur.

AD THES. XVII.

NE CURATORIS QUIDEM AUCTORITATE] Dissent. Zoes. *de usurp. & usuc. n. 8. Vid. Brunn. l. 1. n. 5. de acq. poss.* (videtur pro Auctore facere *l. 3. C. de acq. & retin. poss.*)

ET IN CASU SINGULARI] Aliter Fachin. *l. 8. controv. 19. in fine*, quem sequitur Brunnem. *in d. l. 3. Vid. Perez. ad C. h. t. n. 9.*

IPSO JURE IN SUUM HEREDEM] Quod a nonnullis in tantum extenditur, ut, quia lex, vel statutum impossibile fingere nequeat, neque per statutum transitio possessionis ipso jure in heredes introduci possit. Cujus tamen contrarium usu observari ostendit Carpz. *Decis. 215. n. 11.* Vid. *Magnif. Dn. D. Bern. dissert. de jure in re cap. 4. §. 3.*

Et cur? Acquiritur possessio vel vere vel ficte.

XVIII. Idque vel vere, *apprehensione vera. l. 1. §. 3. l. 3. §. 3. in fin. h. Ut si rem mobilem apprehendo; immobilem ingredior. l. 1. §. 13. & 19. l. 18. §. 2. in fin. h.* vel ficte, *quando res vel ex parte tantum contingitur. l. 3. §. 1. h.* * *Quod tamen non procedit in toto aggregato, ut grege, arg. l. 30. ff. de usurp. cujus non est possessio: sed singulorum capitum. Aliud est in toto connexo, cujus singulæ partes non possidentur: sed totum. l. 23. §. ult. de R. V. l. 8. Quod vi aut clam. l. 7. §. 11. de A. R. D. Excepto, si non implicantur rebus soli sed mobilia permanent, ut in annulo gemma. l. 30. §. 1. de usurp.*

Totum connexum possidetur, si ex parte contingitur.

XIX. *Vel plane non contingitur, sed actu alio intercedente, res apprehensa putatur, ut* clavibus in conspectu horrei traditis. *l. 74. de cont. empt. l. 9. §. 6. de A. R. D.* fundi vacua possessione de turri demonstrata. *l. 1. §. si jusserim. ff. de A. P.* Instrumentis traditis. *l. 1. C. de donat.* * *nec opus est, ut prope rem fiat traditio instrumentorum.* Si rem emtam domum deferri jussero *l. quod meo 18. §. si venditorem. 1. h. t.* Si res signatæ, vel custos appositus *l. 51. ff. h.* * *Si donator glebam altari imponat, sub testimonio audientium & videntium, possessio Ecclesiæ adquiritur. c. 2. X. de consuet.* nec interest, procedat hæc apprehensio ficta ex titulo & causa justa, an injusta. *Vide Giph. in lect. Alt. h. t. ad l. 1. h. n. 26.*

XX. Sed & ususfructus retentione *l. 28. C. de don.* conductione rei propriæ *l. 77. de R. V.* precarii rogatione, *l. 10. 19. 21. R. h. t.* Constituto possessorio, *quoties dominus pristinus rem alienans ejus nomine, in quem alienata est, possidere constituit. l. 77. de rei vind. l. 10. 19. 21. h. t.*

Constituto possessorio ficte, possessio acquiritur.

AD THES. XX.

CONSTITUTO POSSESSORIO] Cujus sedes est in *l. 18. pr. ff. h. t.* Species vero ejus, aut modi constituendi sunt ususfructus retentio, conductio & precarii rogatio. *Vid. disput. inaug. de tradit. per constitutum Joh. Casp. Hornii, Jenæ sub præsidio Falckneri. 1665. habitam.*

XXI. Per alios, *animo quidem nostro*, corpore *tamen, & animo simul, l. 2. §. si servus. 10. & §. seq. π. pro empt. l. 1. §. 9. & 10. h. t.* alieno, *l. 3. §. 12. h. t. Debent enim animum habere nobis possidendi,*

Digitized by Google

di, seu possessionem adquirendi, d. l. 1. §. 19. Quod ut nominatim & expresse velint, in servo & filiof. necesse non est. Suffit si non alii nominatim adquisitum velint. d. l. 1. §. 19. ut puta liberos in potestate, *nempe secundum distinctionem peculii in §. 1. Instit. per quas pers.* servos nostros, *in rebus peculiaribus etiam ignorantibus nobis possessio: sed justa l. 24. h. In aliis, non nisi nobis scientibus. l. 1. §. 5. l. 3. §. 12. l. 44. §. 1. π. h. t. * Etiam si in fuga sunt. l. 1. §. 14. h. nisi servus fugitivus ab alio sit apprehensus d. l. 1. §. 14. Aut nisi alteri velit adquisitum d. l. 1. §. 19. h. * Non obstante L. si servus 15. de Publ. in R. quæ de possessione vera loquitur, ut fictam, quæ in casu servi fugitivi, juris interpretatione intelligitur, non infringat.* Itemque communes. *d. l. 1. §. 7.* usufructuarios, & eos, quos bona fide possidemus, *sive servi alieni sint, sive liberi homines :* sed non nisi ex re nostra & operis suis. *§. 3. & 4. Instit per quas pers. * Non vero per servos pignoratos. l. 1. §. 15. h. Neque debitori, quia extra causam usucapionis non posidet, d. §. 15. Neque creditori, quia hac ejus possessione id tantum agitur, ut servus sit apud eum pro contractus principalis fide, in securitatem crediti. §. ult. Instit. de Obl. quæ re cont. Nec hereditarios d. l. 1. §. 16. h.* per servum publicum municipibus. *d. l. 1. in fin. l. 2. h. t.* Explic. l. 15. de Public. in R.

Per servos pignoratos neque debitori neq; creditori acquiritur possessio.

XXII. Sed & per procuratores, tutores & curatores *adquiritur l. 1. §. per procuratorem. 20. l. 42. §. 1. l. possessio. 49. §. ult. h. t. * Etiam sine cessione. l. 49. §. ult. h. Secus atque in obligatione & actione, quæ sine cessione non adquiritur mandanti. l. 49. h. t. l. quæcunque. 11. de O. & A.* ignorantibus etiam nobis. *l. 49. §. ult. h. t. l. 47. ff. de usurp. * modo nostro nomine possessio accepta fuerit ab his. l. 1. §. 19. & 20. Vel certe hoc fine ipsis tradita sit, quamvis procurator alio nomine acceperit, l. 13. in fin. ff. de don. Diss. Iason in l. 1. §. 20. h. t. Etiam sine mandato speciali. l. si rem. 41. de usucap. dummodo generalis & universorum bonorum fuerit. l. 1. §. 20. π. h. t. l. 42. §. 1. d. t.*

Possessio per procuratores &c. nobis acquiritur sine cessione: sed obligatio non item.

AD. THES. XXII.

PROCVRATOR ALIO NOMINE ACCEPERIT] Hoc casu Ulpianus *l. 13. ff. de donat.* dicit : Procuratorem nihil agere in sua persona, sed domino acquiri, cum quo facit Auctor hic. Julianus contra in *l. 73. §. ult.*

§. *ult. ff de A. R. D.* nihil agi dicit, h. e. nec sibi acquirere procuratorem, nec domino, quam sententiam arripit Strux. *Ex. 15. 41. th. 5.* & pro ... facit ulterius *arg. l. 55. ff. de O. & A. l. 43. §. 1. ff. de furt.* & exinde videtur verior. Nisi distinguere velis; an procurator expresse dixerit se alio, & suo stil nomine, accipere, quo casu nihil omnino agatur; an vero tantum in mente retineat, quod sibi acquirere velit, quo casu domino nihilominus acquiratur, & ita Dn. Struvium cum Auctore concilies. An & Vlpianum cum Juliano? non definio, quia videtur latere in dd. textibus diversarum sectarum contradictio.

Retinetur possessio vel animo & corpore simul, vel animo tantum. Quomodo solo animo.

XXIII. *Ita adquisita* retinetur possessio *vel negative, quando nihil eorum fit, ob quæ possessionem amitti infra dicemus: vel positive, habendo animum possidendi; & sic* vel animo & corpore simul nostro. *l. 19. §. 1. h.* vel solo animo. *l. 25. §. 2. l. 30. §. 5. l. 44. §. fin. ff. h. t. l. 4. C. eod. Solo autem animo retinere possessionem dupliciter dicimur. 1. Excluso tam corpore alieno, quam nostro; Ita §. 5. Inst. de Interd. l. 3. §. 8. l. 46. in f. juncta l. 45. h. t. 2. Excluso solo nostro, quia alius suo corpore, nomine nostro, possidet. Dummodo res immobilis 1. adhuc sit vacua. 2. vel occupata: sed ignoremus. 3. vel sciamus, sed occupantem nobis cessurum, aut facile expulsum iri speremus, adeoque facultatem apprehendendi rem integram adhuc nobis esse existimemus. Præsertim* cum facultas hæc expellendi jure sit permissa. l. 25. §. ult. l. quod meo. 18. §. pen. h. t. l. 3. §. 9. de V. & V. A. Modo fiat, antequam ad alia negotia quis divertat arg. l. 21. § fin. Qui test. continuus. 137. in pr. de V. O.* corpore etiam alieno. *per eos, qui nomine, nostro sunt in possessione, colonos, inquilinos arg. l. 9. h. t. Licet ii, ut & servi & alii, qui nostro nomine in possessione sunt, ex ea discesserint, sive ejus non deferenda l. 31. h. t. sive deferenda animo, dummodo id faciant dolo, vel alieno. l. 31. de dol. m. vel suo. l. ult. C. h. t. Idem est, ad retinendam possessionem, si isti decesserint, l. 3. §. 8. l. 25. §. 1. π. h. l. fin. C d. t.*

AD THES. XXIII.

FACVLTAS HÆC EXPELLENDI] Accurate loquendo non est facultas *expellendi* eum, qui nostram possessionem intravit, etsi ita vocetur *in l. 18. §. pen. h. t.* sed potius *repellendi* eum, qui possessionem nostram invadere ab ea non vult expellere *d. l. 25. §. ult. ff. h. t. l. 3. §. 9. ff. de vi & vi arm.* Adeoque magis in defensione consistit hæc expulsio, quam in offensione. Nam ex intervallo eum, qui me vi expulit, rursus expellere nequeo *d. l. 3. §. 9. de vi & vi arm.* COR-

CORPORE ETIAM ALIENO] Vide quoad hanc materiam omnino Struv. exerc. 42. th. 20. & ult.

XXIV. *Et hæc de re immobili.* Rei mobilis possessio difficilius retinetur, *ut patet ex l. 3. §. Nerva. 13. l. Pomponius 15. pr. l. si em 47. h. t. sub qua comprehenduntur etiam se moventes. d. l. 1. §. 3. h. ut servus fugitivus. d. l. 13. in pr. l. 15. in fin. h. t. in quo hoc singulare, quod etiam in fuga ejus possessionem retineamus. Nisi ab alio possidere cœperit. l. 1. §. 14. h. l. 50. §. 1. h. Vel se gerat jamdudum pro libero excepturus judicium liberale. l. 3. §. 10. h. Non obstat. l. 60. de furt. l. 1. C. de serv. fugit. Quia sui furtum facere dicitur, tum ad hunc effectum, ut ab alio non possit usucapi, tum quia apprehensus ab alio, quo casu amissa est prior possessio. l. 1. §. 14. h.* Servus quoad sensu sui furtum fecere dicitur in l. 60. de furt. & l. 1. C. de serv. fugit.

AD THES. XXIV.

NON OBST. L. LX. DE FURT.] Scil. videtur obstare, quod servum fugitivum dominus non amplius possideat, quia sui ipsius furtum fecit *d. l. 60.* Jam vero rei mobilis furto ablatæ possessionem dominus habere non videtur *arg. d. l. 3. §. 13. l. 13. pr. l. 47. ff. h. t.* Resp. (1) speciale esse in servo fugitivo. (2) dando instantiam aliam, v. g. de depositario, qui re deposita utens furtum committit *§. 6. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* domini tamen possessionem propterea non intervertit, si intentionem habeat eam restituendi *arg. d. l. 47. h. t.*

XXV. Effectus possessionis *paulo improprie acceptus, pro eo quod quoquo modo ex possessione fluit, aut propter eam competit,* in genere est, quod interdictis, aliisque remediis possessoriis, *etiam contra vim cum moderamine inculpatæ tutelæ. l. 1. C. unde vi.* defendi & amissa recuperari possit. Idem quod possessione sua, *etiam injusta, quoniam hoc commodum possessionis, ut in ea defendatur, donec alius vel in petitorio, vel in possessorio potiora jura ostendat.* nemo sine causæ cognitione privandus sit. *l. 2. in fin. C. si propter pub. pens. l. 6. C. unde vi. l. 2. ad L. Jul. de vi Pub. Et quod possessor omnibus, impedientibus eum, quoquo modo possit resistere. l. 29. §. ad L. Aquil.* Effectus possessionis in genere.

AD THES. XXV.

PAULO IMPROPRIE ACCEPTUS] Quia scil. possessio jus non est ex hypothesi Auctoris, adeoque nec actiones reales producit.

In specie.

XXVI. In specie quoad civilem possessionem, effectus est dominium. *l. 3. ff. de usucap. l. 20. C. de pact. l. 2. §. fin. pro her.* aut usucapiendi conditio. *§ gen. Instit. per quas pers.* & fructuum adquisitio.

Iidem modi acquirendi dominii, qui possessionis.

XXVII. Quia itaque dominium *jure gentium* a possessione, *seu causa*, oritur, patet & eosdem esse adquirendi dominii, qui possessionis sunt, modos. *Dominii quidem mediatos, mediante, ut dictum, possessione, possessionis immediatos* (*Quos commode ad tria summa genera revocabimus*) apprehensionem, accessionem & specificationem. Apprehensio vel est simplex, quæ nudum factum apprehendentis respicit, & dicitur occupatio; vel fit de voluntate domini, & vocatur traditio. Occupatio est rei apprehensio, animo domini facta, quæ res vel *nullius*, vel *alicujus*. *Nullius vel rei animatæ, & dicitur* Venatio vel *inanimatæ, dicitur* Inventio. Venatio ita est in specie dicta, tum aucupium & piscatio.

Occupatio.

AD THES. XXVII.

JURE GENTIUM] Scil. improprie tali, & non pro lege gentium accepto, sed pro facultate moribus plerarumque gentium non restricta.

AD TRIA SUMMA GENERA] Tria hæc summa genera commodius efferri possunt per occupationem, accessionem & traditionem, si scil. dicas: Res jure gentium a nobis acquiri, vel mediante facto nostro, eoque aut solo, scilicet *occupatione*, aut accedente facto alterius, nimirum *traditione*, vel mediante re nostra, i. e. per *accessionem*, sub qua etiam continetur specificatio.

XXVIII. Venatione adquirimus feras bestias, *in libertate naturali relictas, quales etiam volucres, apes §. 14. etsi Plinius media natura eas statuat. lib. 8. c. 56. Varro lib. 3. de RR. c. 16.* Sed *JCtis feræ habentur. Quintil. decl. 13. quarum nec furtum tibi fit, etsi in arbore tua consederint. l. 26. de furt. Hac ratione & examen, si desinat esse in conspectu tuo, vel difficilis ejus sit persecutio, fit occupantis d. § 14. Nec jure Sax. secus videtur, ut docent Schultz. Synops. Inst. h. t. lit. L. Berlich. 5. concl. 59. Ita responderunt olim Lipsienses apud Georg. Beatum Casuum var. p. 26. Dissent. Dn Carpz. defin. 4. 35. 4. qui statim domino fundi adquiri vult examen, & ita praxin*

Apes JCtis feræ habentur.

Sed & Jure Sax.

ab-

observare, per text. Weichbild/ *art.* 119. *ibi:* fleugt ein Bienschwarm aus eines Manns Hoff in seinem Nachbarn/ er ist der Schwarm näher zu behalten/ denn jener/ der ihm nachfolget/ denn die Biene ist ein wilder Wurm. *Sed posset pro Berlichio dici, dominum fundi esse propriorem persequente non ratione adquisitionis, sed quod prohibere persequentem ab ingressu fundi sui possit. Pavones quoque feri sunt, & columbæ §. 15. etsi facile cicurari possunt. l. 37. de furt. non ergo adquirimus mansuefactas §. 15. Instit. h. non domesticas, seu natura mansuetas. §. 16. quibus etiam furtum committitur lucrandi animo apprehensis, §. 16. h. & actio furti locum habet, quantumvis pro illis minimis, arg. l. 22. ff. de damn. infect.* etiam in alieno fundo prohibente domino captas. *§. 12. hic, quia prohibitio efficere non potest, ut feræ desinant esse nullius, & ne occupatio sit modus adquirendi §. C. Neque efficere potest, ut prohibens fiat dominus, quia occupatio est modus adquirendi, non prohibitio: Captas, inquam, non vulneratas duntaxat. §. 13. Inst. h. Sed hodie moribus, fera est vulnerantis, & persequi licet.* Landrecht. *art. 61. lib. 2. & Dd. communiter,* sed datur contra ingredientem prohibitum actio injuriarum. *l. 13. §. ult. ff. de injur. non obstante. l. 15. ff. h. t.*

Feræ bestiæ etiam in alieno fundo prohibente licet domino acquiruntur. Fera hodie est vulnerantis.

AD THES. XXIIX.

NEC JURE SAXON. SECUS VIDETUR] Si accurate rem consideres, videtur Auctor tres distinctas quæstiones miscuisse. (1) enim quæritur, an apes meæ victus causa evolantes a vicino, qui in campo suo, aut horto, eas deprehendit, includi possint & occupari? (2) an examen apum ad vicinum evolans, Wenn die Bienen schwärmen/ a vicino possit occupari, verusque dominus ab ingressione fundi arceri? (3) an hoc altero casu ipso jure acquirantur apes vicino, an vero opus sit occupatione, ita ut si tertius eas occupet, & a tertio apes sint acquisitæ? *Primam* quæstionem negat Berlich. *d. lib. 5. concl.* 50. (ita enim legendum, non ut Auctor allegat *concl.* 59.) *num.* 17. *seqq.* Quia scil. *art.* 119. im Weichb. *& verba glossæ ibidem* sunt intelligenda de illis apibus, quæ ideo avolant, ut non revertantur. Neque hic inter Jus Saxon. & Civile differentia est, quia, etsi apum feræ natura sit *§. 14. Inst. de R. D.* ad animalia tamen mansuefacta expresse referuntur *in l. 8. §. 1. ff. famil. hercisc. Secundam* quæst. affirmat Carpz. *P. IV. c. 36. d. 4.* per allatum ibi præjudicium & textum satis perspicuum in *d. art.* 119. Weichb. statuens, apes ita evolantes a vicino occupari, dominiumque a vicino

pro-

prohiberi posse, ne apes istas ex fundo auferat. Cui definitioni non contrariatur Berlich. qui, uti dictum, *art. allat.* Weichb. ipse intelligit de apibus, quæ ideo avolant, ut non revertantur; Jam vero experientia docet, examen apum non solere redire. Cæterum hæc decisio juri civili contrariatur, adeoque Jus Saxon. ab eo hac in parte omnino abit, quia si fera mea (aut etiam bestia mansuefacta *arg. l. 5. §. 2. verb. si quis eas apprehendisset ff. fam. hercisc.*) possessionem & custodiam meam effugiat, & me vidente & insequente ad vicinum veniat, ego dominium ejus non amitto, quia tum non difficilis est ejus persecutio, nec oculos meos effugit *§. 14. Inst. de R. D. junct. §. 12. ead.* Ex quo infero, quod & de Jure Civili vicinus meus teneatur, aut pati, ut ego recipiendæ feræ meæ bestiæ gratia ipsius fundum ingrediar, quia tunc jure meo utor, aut reddere mihi bestiam istam, nisi furti velit teneri *d. l. 8. §. 1. ff. famil. hercisc. Vid. omnino Lucam. quæst. Justin. 121.* Quoad *tertiam* quæst. quamvis Carpz. simpliciter dicat *d. lec. n. 5.* examen apum ad vicinum evolans ipsi vicino acquiri; hæc tamen verba propter rationem subjunctam & præjudicium additum ita sunt intelligenda, non quasi ipso jure vicino acquirantur, sed mediante occupatione. Ergo poterit ipse dominus apum, si a vicino non prohibeatur, nec apes jam ab alio sint iterum occupatæ, per inclusionem in alveum, rursus eas subjicere sibi; poterit tamen & tertius idem facere. In quo rursus inter jus civile & Saxon. differentia est *per dicta ad quæst. 2.* Atqui de occupatione tertii loquitur præjudicium Beust ab Auctore allegatum: Hat sich ein fremder Bienenschwarm uf euren Acker angehangen / den ein Bauersmann mit einem Weibe in einen Sack gefasset und anheim getragen. Ob sie denn wol solchen erstlichen vor euch verneinet / dieweil aber die Art der Bienen vor wilde geachtet und dieser Schwarm nicht euer gewest / so haben sich nach Zulassung gemeiner beschriebenen Rechte wol Fug gehabt denselben aufzufangen / und mögen derhalben von euch zu Recht nicht gestraffet werden. Cui simile aliud affert Philipp. *in usu practico Inst. lib. 2. Eclog. 5. n. 4.* Quamvis itaque cum Auctore nostro faciat Dn. Struv. *exercit. 41. th. 16.* ex dd. tamen apparere puto inter Berlich. Carpz. & Beustum nequaquam dissensionem esse. Neque contra Carpzovii opinionem quicquam facit distinctio Auctoris, dominum scil. fundi, & nempe vicinum propiorem esse prosequente non ratione acquisitionis, sed quod prohibere persequentem ab ingressu fundi sui possit. *Resp.* enim (1) ideo, quia jus prohibitionis vicinus habet, propior quoque erit prosequente ratione acquisitionis (2) etiamsi solum jus prohibendi haberet; tamen exinde differentia inter Jus civile & Saxon. oritur, per modo dicta ad quæst. secundam.

PAVONES QUOQUE FERI SUNT] Apud nos pavones pro animalibus mansuetis haberi asserit Brunnem. *exerc. 6. ad Inst. pag. 48.* Cujus assertio ratione non destituitur, quia scilicet, si amittantur & ab alio iterum occupentur, facile dignosci possunt, ideo quia in nostris regionibus regulariter non inveniuntur tales bestiæ, sed rariores sunt. Ex quo infero, & simias aliasque similes bestias exoticas apud nos ratione amissionis pro mansuetis esse habendas. *Conf. Aucl. tb. ult.*

MORIBUS FERA EST VULNERANTIS] Scil. si, qui feram vulneravit, eam persequatur, ab alio intercipi non debebit. *Vid. omnino Vect. ad §. 13. Inst. de R. D. p. m. 419. & 420.* Ergo consuetudo venatorum attendenda erit. *Nov. in addit. ad d. §. 13.* De vulneratione enim Jus provinciale Auctori allegatum nihil disponit. [illegible]iis autem casibus v. g. si fera vulnerata persequentem effugiat, & alia die a tertio capiatur; item, si duo simul bestiam persequantur & ambo vulnerent, aut in similibus, *d. §. 13. de R. D.* adhuc observari debere arbitror.

ET PERSEQUI LICET] Scil. etiam in sylva aliena, modo fiat absque instatu cornicuI venatorii & instigatione canum Landr. *lib. 2. art. 16.* Quod de Jure Saxon. Elect. iterum videtur esse abrogatum *per* Landes Ord. *de anno 1555. tit.* Daß keiner auf des andern Grund und Boden jagen *&c. §.* So wollen wir *verb.* eines andern Güter damit nicht berühren *P. 1. fol. 48. Conf. Nov. addit. ad d. §. 13.*

NON OBST. L. LV. ff. h. t.] Vid. omnino Huber. *ad Inst. de R. D. th. 15. p. 81. & 82.*

XXIX. Eadem ratio est piscium, sive in suo, sive in alieno captorum, *sive in stagno publico, sive privato, quia in libertate naturali relicti. l. 3. §. 14. de Acq. poss.* Adeo, ut nec domino restituendi. Neque enim eorum eadem ratio, quæ fructuum est, neque licet proinde argumentari. ex l. 48. de A. R. D.* secus est, si in piscina nostra* (in Fischkästen, Häletern) *inclusi; quia a nobis possidentur. d. l. 3. Ut & si in aquis defensis* gehegten Wasser *& pœna capientium arbitraria. Vide Coler. decis. 148. Criminalem sanct. Caroli V. art. 169. Et Ord. Elect. Aug. anni 1555. tit.* Fischord. *Ita ut pro modo delicti ad relegationem cum fustigatione perveniri possit, non attenta juris Sax pœna 30. solidorum. Ita pronunciatum in Fac. Lips. 1619. Vide & consult. Sax. tom. 1. p. 4. q. 9.*

Pisces in alieno stagno sive publico sive privato capti fiunt capientis. Secus in iis piscibus, qui in aliena piscina.

 XXX.

Principes subditis jus venandi neque jure praescriptionis neque occupationis ademerunt.

XXX. Hoc jus venandi Principes subditis suis non sine ratione, *quam tamen varie subducunt. Vid. Dn. Riem. Dec. 4. coroll. 1. qui illam quaerit e praescriptione, aut occupatione. Neutra consicit. Non praescriptio, quae non habet locum in obtinendis iis, quae jure Gentium sunt, quale est jus capiendi feras bestias. l. 45. de usuc. juncta l. 13. de injur. tum quia subditi contra Principes jus suum defendere non potuerunt. Non occupatio. arg. l. 7. de div. & temp. praes. Occupatio enim jus prohibenti tantummodo adquirit. Non vero facit, ut res capta fiat capientis. Quid ergo?* ademerunt, sed jure imperii, vel superioritatis. *Quod enim ferae sint communes, id tamdiu verum est, quam diu lex civilis nulla intercedit. Intercedere autem juste potest, & naturalem libertatem circumscribere, atque dominium naturaliter adquirendum vi sua antevertere. Vid. Grot. de I. B. 2. 2. 5.* * *Sed numquid poena mortis venantibus hoditernis irroganda? videantur Hillig. Don. 4. 9. F. not. & Dn. Franzk. Exerc. 4. q. 3.*

Sed jure superioritatis.

AD THES. XXX.

DOMINIUM NATURALITER ACQUIRENDUM] Recte. Principes enim non solum prohibere possunt, ne privati venentur, sed etiam, ne per venationem & occupationem ferae bestiae ejus dominium acquirant, contra quam Vinn. *in Comm. §. 12. Inst. de R. D. quem refutat Dn. Pufend. de J. N. & G.* Neque enim ab eo, quod de prohibitione privati *in th. 28.* dixit Auctor, ad prohibitionem Principis valet consequentia. Et quamvis Magnif. Dn. Ziegl. cum Vinnio faciat *in Comm. ad Grot. lib. 2. cap. 2. §. 5. p. 227.* recessit tamen novissime iterum ab eo *in dissert. de jure Venandi th. 24. 25. & seqq.*

Jus venandi non est servitus.
Nec servitus praedialis.
Ratio.

XXXI. Atque adeo jus venandi non est servitus. *Quod quidem affirmant Zasius sing. resp. l. 11. Gail. 2. O. 66. Mynsing. ad §. inter rusticorum. n. 6. & 7. Treutl. l. 17, 3. d. Nam vel talis esset, quatenus Princeps in subditorum fundis illud habet; Atqui Principes exercent illud non constitutione subditorum, vel praescriptione, sed jure proprio: vel talis foret, quatenus Princeps id exercet extra territorium suum in alieno; Sed quia nec ad praedii dominantis utilitatem pertinet: Ideo nec servitus praedii dici: Et quia ususfr. in nea rerum specie non constituitur; neque in fruendo concurrere dominus*

&

& fructuarius possunt, sc. ut proprietarius hac re utatur, usufructuarius alia, proinde nec personalis appellari potest. Vel talis foret, quatenus subditi id concessum a Principe exerceant, vel in suo fundo, vel in alieno. In suo non est servitus, quia res sua nemini servit. Nec in alieno, quia talis ususfructus, ut modo dixi, non datur. Vide Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 20. thes. 3. lit. C. Harprecht. de ver. div. p. 200. n. 136. & seqq. Itaque subditi habebunt concessione & privilegio per infeudationem, tanquam restitutionem, quandam juris venandi jure Gentium. Nec personalis. Et quare?

AD THES. XXXI.

NON EST SERVITUS] Nec obstat, quod jura venationum jure civili quandoque dicantur in fructu esse. Respondet quippe Struv. *Exerc. 12. th. 14.* Conf. eundem *in Syntagm. Jur. Feud. cap. 6. aphorism. XI num. 3.*

PER INFEUDATIONEM] Quid autem jus venandi privato a Principe concessum importet, vid. Struv. *in Syntagm. Jur. Feud. d. loc. n. 3. & 4.*

XXXII. Sequitur Inventio, *rerum, quæ antea nullius fuerunt*, lapillorum, gemmarum, & cæterorum, quæ in litore inveniuntur. *§. 18. Instit. h. t. Vide de Ambra, in litore maris inventa, an ad Regem Hispaniæ pertineat, disputantem Georg. de Cabedo par. 2. decis. 48.* * *non ergo sufficit, si prior quis vidit, quia hic modus est species apprehensionis:* Vel earum, *quæ alicujus esse desierunt*, ut thesauri. *l. un. C. de thesaur. l. nunquam 31. ff. h. t.* * *qualis non est pecunia in terra custodiæ causa defossa, propterea nec inventoris. Qua ratione ICti Jenenses pecuniam, in ædibus auctoritate magistratus venditis, non emtori sed heredibus prioris domini adjudicarunt per l. 67. de R. V. Vide Virg. Pingiz. qq. Sax. XI. n. 18. Sic & aureos in compingendo quodam libro inventos domini libri esse, iidem responderunt, ibid. Alioquin verum est thesaurum fundo vendito esse emtoris. Andr. Gail. 2. obs. 7. ... licet emtor thesaurum ibi esse sciens emerit a venditore nesciente. arg. l. 3. §. 3. de adq. poss. l. 44. de adqu. poss. l. 15. ff. ad Exhib. l. 67. de R. V.* qui in proprio. *l. un. C. de thes. l. 63. de R. D. absque magicis artibus*, itemque sacro & religioso inventus, totus inventori cedit. *§. 40. Inst. h. Imo in religioso inventus pro dimidio cedit fisco. l. 3. §. 10. ff. de Iure fisc. Resp. di-* Qui prior vidit, non acquirit pro posterius apprehendente. Conciliator l. 3. §. 10. de jur. fisci cum l. 40. de R.D.

stin-

stinguendum inter religiosum publicum, de quo l. 3 Et privatum, de quo §. 40. Fornerius a lib. 2. select. 26. ita legit. §. 40. Idemque statuit siq. i. f. a. r. l. f. c. i. ac si quis &c. In alieno vero, *sive publico, seu fiscali Cæsaris, civitatis, profano, religioso*, dimidius domino, dimidius inventori cedit. *d. §. 40. Instit. l. 3 §. pen. de jur. Fisc. nisi data opera quæsitus fuerit, quo casu totus fisci, vel domini est. l. un. C. de thesaur.*

AD THES. XXXII.

AN AD REGEM HISPANIÆ] Hodie & hoc jus imperantes ad se traxerunt. *Vid. Schulz. ad tit. de R. D. lit. Z. Struk. exerc. 41. th. 22.*

NON ERGO SUFFICIT] Nec *obst. L. 1. §. pen. de A. P.* quia aliud est in traditione. Quod si tamen gemmam prius viderim non solum sed alteri cum animo apprehendendi ostenderim, meam esse arbitror, quamvis alter in actu apprehendendi me impediat, & præ me auferat, cum Bachov. alleg. Brunnem. *exerc. 6. ad Inst. p. 49.*

UT THESAURI] Thesauri acquisitio magis ad accessionem videtur spectare, quam ad occupationem. Inventor enim non totum thesaurum acquirit, sed dimidium saltem, nec hoc semper, sed tum demum, si casu reperierit, quasi in præmium detectionis, & quia hoc casu divina clementia isto, tanquam instrumento ad benefaciendum domino fundi usa fuit. Ergo thesaurus plerumque fundo cedit, tanquam ejus accessio, vel totus, vel certe pars ejus non minima.

ET PRIVATUM] Scilicet proprium.

NISI DATA OPERA] Quid si magicis artibus? [illegible] tunc domino fundi totum thesaurum cedere, inventorem vero peculiariter puniendum esse, verius est.

Thesaurus, a solo proprietario in fructuario fundo inventus est inventoris.

XXXIII. In fundo fructuario, emphyteutico, & feudali inventus, *aut a solo proprietario, aut a fructuario, aut a tertio invenitur. Illic solius inventoris esse videtur, propter jus dominii, quod directum vocant, cujus jus longe excellentius est. Tum quoque, quod proprietas sit, quæ suum secernit ab alieno, tum quod thesaurus in fructu non sit. l. 7. §. si fundum. ff. sol. matr. Sin a fructuario, vel tertio*, inter dominum & inventorem dividendus videtur. *l. 63. §. 3. ff. h. t. De pecunia ab emtore in feudo emto inventa, an venditori, an emtori cedet? Vide Virg. Pingiz. qq. Sax. 11. qui venditori tribuit.*

AD THES. XXXIII.

IN FUNDO FRUCTUARIO, EMPHYTEUTICO, FEUDALI] De usufructuario recte, quia hic non est dominus fundi, ut emphyteutam & vasallum diximus jam supra *addit. 14. hic.* participare cum domino directo dominium emphyteuseos & feudi. Ergo si rationem Juris Civilis aspicias, sive dominus directus, sive vasallus, inveniat thesaurum, videntur tres quartæ ad inventorem spectare. Si vero tertius inveniat, & quidem casu fortuito, divident alteram dimidiam vasallus & dominus feudi inter se; sin data opera, aut magicis artibus, dimidium thesauri ad dominum spectabit, dimidium ad vasallum. Quam opinionem video etiam arrisisse Martino Bonacinæ *allegato a Struv. Syntagm. Jur. Feud. cap. 12. aph. 5.* Dissentit & ab Auctore, & a nobis, post alios, Dn. Struvius *dict. loc.* qui dominium directum semper excludit, quia scil. dominus nihil sibi juris reservavit quoad percipienda commoda ex re feudali. Sed respondeo idem esse in proprietario fundi, cujus usumfructum alter habet, & tamen proprietarius ab usufructuario non excluditur, ut taceam commodum thesauri ex re feudali non percipi, sed occasione tantum rei.

XXXIV. *Occupatio rei, quæ alicujus*, captivitas est in bello justo, qua res hostium mobiles fiunt capientis. *Ius civile autem id quadantenus limitavit. Nempe aut res mobiles in ministerio publico capiuntur, aut extra illud. Hoc casu fiunt singulorum capientium. l. transfugam. 51. §. 1. de A. R. D. l. in bello. 12. ff. de capt. & postl. rev. Non prius tamen, quam si intra hostis capientis præsidia perducta sint quantumvis diu possessa. l. 5. §. 1. de Captiv. Alb. Gent. advoc. Hisp. lib. 1. c. 2. Dissentit Cunæus, responso in causa postliminii. Quæ vero actu bellico capiuntur, quia singuli Reipubl. personam sustinent, ejusque vice funguntur, non fiebant capientium, sed Quæstor illas accipiebat, & venditas in publicum referebat. Vide Grot. de I. B. 3. 6. 14. Quid de subtractis raptisve rebus, per milites hodiernos, non nostræ, sed adversæ partis, rem captam vendentibus, an emtores restituere eam gratis vindicanti domino tenentur? Affirmo per l. incivile. 2. C. de furt. l. si mancipium. 23. C. de R. V.* Reichs-Abschied *de anno 1559. §.* und nach dem an etlichen Reuterbestal. *de ann. 1570. art. 93.* Fußknechtbestal. *art. 21.* LandR. *lib. 2. art. 36. Quæ sententia firmata ab Electore Sax. Ioh. Georg. I. anno 1627. rescripto ad Quæstorem Eccardimontium, * ad Senatorem Dubclensem.*

Res hostiles mobiles, quæ extra ministerium publicum capiuntur, fiunt capientium. Secus est in iis, quæ in actu bellico capiuntur.

Digitized by Google

distinguendum inter religiosum publicum, de quo l. 3. Et privatum, de quo §. 40. Fornerius a lib. 2. select. 26. ita legit. §. 40. Idemque statuit siq. i. f. a. r. l. f. c. i. ac si quis &c. In alieno vero, *sive publico, seu fiscali Cæsaris, civitatis, profano, religioso*, dimidius domino, dimidius inventori cedit. *d. §. 40. Instit. l. 3. §. pen. de jur. Fisc. nisi data opera quæsitus fuerit, quo casu totus fisci, vel domini est. l. un. C. de thesaur.*

AD THES. XXXII.

AN AD REGEM HISPANIÆ] Hodie & hoc jus imperantes ad se traxerunt. *Vid. Schulz. ad tit. de R. D. lit. Z. Struv. exerc. 41. th. 22.*

NON ERGO SUFFICIT] Nec obst. *l. 1. §. pen. de A. P.* quia aliud est in traditione. Quod si tamen gemmam prius viderim non solum sed alteri cum animo apprehendendi ostenderim, meam esse arbitror, quamvis alter in actu apprehendendi me impediat, & præ me auferat, cum Bachov. alleg. Brunnem. *exerc. 6. ad Inst. p. 49.*

UT THESAURI] Thesauri acquisitio magis ad accessionem videtur spectare, quam ad occupationem. Inventor enim non totum thesaurum acquirit, sed dimidium saltem; nec hoc semper, sed tum demum, si casu reperierit, quasi in præmium detectionis, & quia hoc casu divina clementia isto, tanquam instrumento ad benefaciendum domino fundi usa fuit. Ergo thesaurus plerumque fundo cedit, tanquam ejus accessio, vel totus, vel certe pars ejus non minima.

ET PRIVATUM] Scilicet proprium.

NISI DATA OPERA] Quid si magicis artibus? Et tunc domino fundi totum thesaurum cedere, inventorem vero peculiariter puniendum esse, verius est.

Thesaurus, a solo proprietario in fructuario fundo inventus est inventoris.

XXXIII. In fundo fructuario, emphyteutico, & feudali inventus: *aut a solo proprietario, aut a fructuario, aut a tertio invenitur. Illic solius inventoris esse videtur, propter jus dominii, quod directum vocant, cujus jus longe excellentius est. Tum quoque, quod proprietas sit, quæ suum secernit ab alieno, tum quod thesaurus in fructu non sit, l. 7. §. si fundum. ff. sol. matr. Sin a fructuario, vel tertio*, inter dominum & inventorem dividendus videtur. *l. 63. §. 3. ff. h. t. De pecunia ab emtore in feudo emto inventa, an venditori, an emtori cedet? Vide Virg. Pingiz. qq. Sax. 11. qui venditori tribuit.*

AD THES. XXXIII.

IN FUNDO FRUCTUARIO, EMPHYTEUTICO, FEUDALI.] De usufructuario recte, quia hic non est dominus fundi, at emphyteutam & vasallum diximus jam supra *ad th. 14. hic.* participare cum domino directo dominium emphyteuseos & feudi. Ergo si rationem Juris Civilis aspicias, sive dominus directus, sive vasallus, inveniat thesaurum, videntur tres quartæ ad inventorem spectare. Si vero tertius inveniat, & quidem casu fortuito, divident alteram dimidiam vasallus & dominus feudi inter se; sin data opera, aut magicis artibus, dimidium thesauri ad dominum spectabit, dimidium ad vasallum. Quam opinionem video etiam arrisisse Martino Bonacinæ *allegato a Strub. Syntagm. Jur. Feud. cap. 11. aph. 5.* Dissentit & ab Auctore, & a nobis, post alios, Dn. Struvius *dict. loc.* qui dominium directum semper excludit, quia scil. dominus nihil sibi juris retinuerit quoad percipienda commoda ex re feudali. Sed, respondeo idem esse in proprietario fundi, cujus usumfructum alter habet, & tamen proprietarius ab usufructuario non excluditur, ut taceam commodum thesauri ex re feudali non percipi, sed occasione tantum rei.

XXXIV. *Occupatio rei, quæ alicujus,* captivitas est in bello justo, qua res hostium mobiles fiunt capientis: *Jus civile autem id quadantenus limitavit. Nempe aut res mobiles in ministerio publico capiuntur, aut extra illud. Hoc casu fiunt singulorum capientium. l. transfugam. 51. §. 1. de A. R. D. l. in bello. 12. ff. de capt. & postl. rev. Non prius tamen, quam si intra hostis capientis præsidia perducta sunt quantumvis diu possessa. l. 5. §. 1. de Captiv. Alb. Gent. advoc. Hisp. lib. 1. c. 2. Dissentit Cunæus, responso in causa postliminii. Quæ vero actu bellico capiuntur, quia singuli Reipubl. personam sustinent, ejusque vice funguntur, non fiebant capientium, sed Quæstor illas accipiebat, & venditas in publicum referebat. Vide Grot. de I. B. 3. 6. 14. Quid de subtractis raptisve rebus, per milites hodiernos, non nostræ, sed adversæ partis, rem captam vendentibus, an emtores restituere eam gratis vindicanti domino tenentur? Affirmo per l. incivile. 2. C. de furt. l. si mancipium. 23. C. de R. V.* Reichs-Abschied *de anno 1559. §.* und nach dem an etlichen Reuterbestal. *de ann. 1570. art. 93.* Fußknechtbestal. *art. 21.* Land-R. *lib. 2. art. 36. Quæ sententia firmata ab Electore Sax. Ioh. Georg. I. anno 1627. rescripto ad Quæstorem Eccardimontium, & ad Senatorem Dubelensem.*

Res hostiles mobiles, quæ extra ministerium publicum capiuntur, fiunt capientium. Secus est in iis, quæ in actu bellico capiuntur.

sem. 24. Novem. 1632. Iudicium arbitrum Lipsiense 28. Oct. 16.3. Et a Fac. Iur. Lips. 22. Decemb. 1632. 7. Dec. 1633. ut maxime restatione hac emerit se restituturum vero domino. Finckelthaus. obs. 96. Vid. Do. Franz. resol. lib. 2. c. 9. a n. 74. Scabinatus autem Lips. rem restituendam censebat, refuso redemtoribus justo pretio. Carpzov. q. 36. & Sed illorum sententia verior est, & approbata ab Elect. Saxoniæ decis. 90. quamvis limitate. Immobiles ejus, cujus nomine bellum geritur. *l. 20. §. 1. de capt. & postl.*

AD THES. XXXIV.

AUT RES MOBILES IN MINISTERIO PUBLICO] Distinctio hæc desumta ex Grot. *lib. 3. cap. 6. §. 12.* qui & ante omnem legem civilem, & de jure gentium putat singulis acquiri in bello res mobiles extra ministerium publicum captas, v. g. in dimicatione singulari, in liberis excursionibus. Sed cum privati non habeant jus belli gerendi, videntur quoque omnes actus militum ad ministerium publicum referendi, adeoque & in hujusmodi actibus capta populo acquiri. [illegible] quamvis apud Romanos, aut alias gentes, res in excursionibus capta militibus fuerint relictæ, id tamen ex lege civili est & ex libero arbitrio Principis.

NON NOSTRÆ, SED ADVERSÆ PARTIS] Non obstante *decisione Sereniss. Electoris Sax. 90.* distinguendum puto, an milites adversæ partis sint revera hostiles, scil. principis extranei, an vero bellum intestinum & civile sit, quale quoque est inter Status imperii & Cæsarem, ita ut ad priorem casum *dicta dec. 90.* non sit extendenda per verba ejusdem: nach dem kriegsrechten Belagen lehn jus belli zu erzeigen.

Traditio. XXXV. Traditio est possessionis translatio. *arg. l. 3. ff. de A. emt. l. 28. de V. O. Vide Tim. Fab. Disp. 14. th. 12.* & (1) fiat a domino, *§. 41. Inst.* * *qui alienandi potestatem habet. §. 1. Inst. quib. alien. lic.* aut eo, qui loco domini, *sive voluntate ejusdem*, ut procuratore. *§. 42. qui mandatum speciale habet. l. 11. §. ult. de pig. act.*

Tradere etiam potest procurator universorum bon. licet non sit addita clausula cum libera. *l. 33. de A. poss. arg. l. 17. §. fin. ff. de jurej. vel universorum bonorum administrationem. §. 43. h. l. 58. ff. de procur. l. 12. de pig. act. Etsi mandato non sit addita clausula, cum libera. Ita tamen non alienare potest nisi fructus, & quæ facile corrumpi possunt. l. 63. de procurat.* Creditore ratione pignoris. *l. 46. h. §. Inst. quib. alien. non lic.* ? *ea enim lege pignus accepit, ut vendere pro re nata possit: sive jure, ut* Tutore *L. 16. & 22. C. de adm. tut.*

AD

AD THES. XXXV.

TRADITIO] De traditione duo quaeruntur: (1) an traditio sit modus acquirendi dominium de jure Gentium? (2) an ad acquisitionem in rebus, quae alterius fuerunt, de jure Gentium necessaria sit traditio an vero etiam ex sola promissione & voluntate per verba declarata dominium transire possit. De priore nullum est dubium: Circa posteriorem notissima est *lex 20. ff. de pact. Traditionibus & usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferri.* Verum hunc textum commode de juris civilis dispositione accipere poterimus, quod non sine causa a regula §. 40. *Inst. de R. D.* contenta hoc passu recessit ob statum legalem, seu corruptum, in quo, si relictum fuisset, per nuda pacta dominium transferri posse, cum ita dominii translatio non ita facile probari potuisset, quam per accessionem traditionis; lites nimium quantum fuissent multiplicatae, quod evitare boni est principis. Ergo quando Grotius *l. 2. c. 8. §. 25.* ait: *Ultimus acquirendi modus, qui juris G. dicitur, est per traditionem. Atqui supra diximus ad dominii translationem naturaliter traditionem non requiri*: revera legibus Romanis non contradicit, sed quaestionem primam cum secunda confundit, cum ab eo, quod per traditionem jure naturali res nobis acquirantur (quae est assertio §. 40. *Inst. de R. D.*) ad id, quod naturali jure traditio dominii translationem praecise requiratur, non valeat consequentia. Quae responsio melior videtur ea, qua Hottomannus *quaest. illustr. 15. & 16. Vinn. item §. 40. Inst. de R. D.*) & alii evincere conantur, traditionem ad dominii translationem naturaliter requiri. *Vid. Magnif. Dn. Ziegl. ad Grot. lib. 2. c. 6. p. m. 293.* Et quamvis idem Vinnii assertum novissime defendere conatus fuerit Gerh. Feltmann. *de Jure in re & ad rem c. 13. p. 167. seq.* solide tamen, ni fallor, & huic satisfecit Ulr. Huber. *Digress. Justin. lib. 4. cap. 8.* & frustra tentavit sententiam suam stabilire Feltmannus *in lib. Bened. c. 9.*

XXXVI. II. Animo transferendi dominium, quod fit, si sciat rem esse suam, nec pro aliena tradat. *l. 35. h. t. l. 5. §. 8. de cond. caus. dat. Quia is animum transferendi non habet. Et ideo nec errans quis rem suam, in cujus dominio errat, amittit, d. l. 35. nec impedit, l. 49. mandat.* Et intercedat caussa *saltem opinione tradentis justa, arg. L. 1. de cond. ind.* ad transferendum dominium habilis. *l. 31. h. t. §. 40. Inst. h. In caeteris quidem adquirendi juris Gentium modis, idem est adquirendi modus & titulus: Hic vero distincti sunt. In emtione & hoc singulare, ut antequam solutum* In plerisque modis acquirendi idem est acquirendi modus & titulus.

sit pretium, aut de eo satisfactum, aut fides habita, traditio dominium non transferat. §. 41. inst. h. l. 5. §. pen. de act. l. 19. l. 53. de contr. emt: quod tacite inter contrahentes actum videtur, quia res pretii consequendi causa vendita præsumitur. Adeoque fides habita de pretio non videtur, re simpliciter tradita. l. 5. §. pen. de act. quoniam tacita, quam præsupponimus, conventio seu conditio, non excluditur per simplicem traditionem.*

AD THES. XXXVI.

NEC IMPEDIT L. XLIX. MANDATI] Imo impedit, nam expresse ibi asseritur, quod Titius mandato meo rem suam, quam putabat esse meam, vendens & tradens eam amiserit, nec vindicare possit. Atqui Titius hic in dominio rei erraverat. Mihi ergo tres isti textus, scil. *l. 35. de A. R. D. l. 49. mandati, & l. 3. §. 8. de condict. caus. dat.* sic videntur conciliari posse: Si procurator rem suam quasi alienam tradat, tunc erravit, aut in re ut si scyphum Caji vendidisset, & loco hujus scyphum proprium ex errore tradidisset, & hoc casu dominium rei suæ non amittit. *l. 35. de A. R. D* aut erravit in dominio rei, ut si Cajus jubeat Titium vendere scyphum, cujus b. f. possessor erat Cajus, verus autem dominus ipse Titius, & Titius servum illum, quem putabat revera esse Caji, vendiderit ac tradiderit, tunc, quamvis jure stricto dominium non sit amissum, tamen vindicatio per exceptionem doli eliditur *l. 49. Mandati.* Si vero dominus ipse rem tradiderit, tunc sive in re ipsa, sive in rei dominio erraverit, traditio nullam habet efficaciam *l. 3. §. 8. de cond. causa dat. caus. non sec.*

AUT FIDES HABITA] Quod si vero dolus malus causam dederit fidei habendæ, nec tunc dominium transit *arg. l. 3. ff. de pignorat. act.* ut si emtor sciat jam tempore traditionis se non esse solvendo. *Gail lib. 2. observ. 15. n. 8. & seqq.* Inde videmus quotidie in concursibus creditorum mercatores merces suas in concursu extantes vindicare, a quibus fallitus eas brevi, antequam abiret, tempore comparaverat, etiamsi fides de iis fallito fuerit habita.

Vacua possessio.

XXXVII. Ipsaque traditio fiat vacuæ possessionis. *l. 12. C. de probat. l. 13. de distract. pign. nempe hactenus vacua quatenus nullus alius rei veram possessionem habeat. Sufficit enim, ita esse quadamtenus vacuam, ubi quærimus, ut transeat dominium, vel usucapiendi conditio, ita, ut non officiat, si alius rem detineat, puta ex causa commodati, depositi, vel etiam pignoris, qui si ex decreto magistra-*

tus

tus in bonorum possessionem missus sit, per l. 2. §. 1. de act. emt. juncto t. t. ff. Quæ in fr. cred. Quibus locis apparet, quod bona, in quorum possessionem missi creditores, a debitore in fraudem alienata, revocari possint actione Pauliana. t. t. Quæ in fraud. cred. Ergo dominium eorum fuit translatum. l. 14. d. t. Et tamen vacua possessio a debitore frauduloso tradi non potuit. Sic enim diserte Paulus l. 2. §. 1. de act. emt. Hilliger ad Donell. lib. 4. c. 19. lit. c. Quod secus est in emtione-venditione, ubi venditor non satisfacit obligationi suæ, si hoc duntaxat modo vacuam possessionem tradat. l. 2. §. 1. l. 3. ff. de Act. em. l. 8. C. de action. emt. vend. Bacchov. ad Treutl. vol. 2. disp. 2. th. 4. lit. D. Tum quia traditio est possessionis datio. l. 50. de R. Vind.

AD THES. XXXVII.

VERAM POSSESSIONEM HABEAT] Imo etiamsi veram possessionem habeat. *V. d. omnino Huber. ad tit. Inst. de R. D. th. 30. p. 99. seqq.* Vacua ergo possessio in LL. eam denotat, quæ est vacua ab ejus, qui vendidit, possessione *arg. d. l. 11. C. de probat. l. 13. de distract. pign.*

XXXVIII. III. Adsit Voluntas & consensus accipientis. *l. 55. de Ob. & act. invito enim non adquiritur. l. 69. de R. J.* Consensus autem debet esse in corpus rei. l. 36. h. l. 24. de A. P. Dissensus ergo circa causas dandi & accipiendi translationi non obest. d. l. 36. si causa scilicet istæ numero quidem diversæ, genere autem conveniant, ut utraque efficax sit ad transferendum dominium. Neque officit l. 18. pr. de Reb. cred. quæ non negat dominium transferri traditione: sed negat, quod contractui teneat: Non negat simpliciter nummos accipientis fieri: sed ex hisce causis negat. Igitur nummi accipientis fiunt. l. 36 de A. R. D. Quod ex ratione juris necessum est. Dans enim, utique possessionem amisit statim, cum traderet, quia possessio solo animo amittitur. Infra aph. 24. Quæ necessario transit in accipientem, & quidem non naturalis, sed civilis, quia adest animus domini, dum accipit seu creditum. Ergo translatum est dominium a dante ex causa donationis in accipientem seu ex mutuo, etsi nec donatio nec mutuum subsistat. Et hoc est, quod vult Ulpian. in l. 18. nummos accipientis non fieri ex causa donationis, quæ in invitum non fit. Fiunt tamen accipientis ex voluntate generali tradentis & accipientis, quorum* Dissensus circa causas dandi & accipiendi translationi non obest. Explic. l. 18. de R. C.

 utr-

uterque in eo consentit, ut dominium tradendo transferatur. Quare si consumat accipiens, non convalescit mutuum. Etsi enim condictio summo jure detur: eliditur tamen exceptione doli, quia ex voluntate tradentis, gratuito, citra animum obligandi accipientem consumti sunt.

AD THES. XXXIIX.

NEQVE OFFICIT L. XVIII. PR. DE REB. CRED.] In quo textu non potest ideo antinomia contineri, quia ibi mentio Juliani fit, cujus est etiam *l. 36. ff. de A. R. D.*

Traditio vera quid?

XXXIX. Est autem traditio vel vera, *cum ipso actu res traditur & apprehenditur, si mobilis de manu in manum. Sin immobilis, inducendo in possessionem adium, aut permittendo, ut per se rem quis capiat. l. 5. l. 34. ff. de Adq. poss. l. 2. C. eod.* vel ficta per fictionem brevis, *quæ fictio vel in tribus personis consistit, ut si eum, qui mihi dare volebat vel debebat, jussero tertio dare, perinde enim est, ac si res mihi primo data, & a me ad tertium profecta esset, ut in l. §. pen. & ult. de don. int. V. & U.* vel in duabus, ut in specie §. interdum Inst. de A. R. D.* aut longæ manus, *ut si quis rei præsentis & demonstratæ vacuam possessionem se tradere dicat. l. 1. §. pen. l. 18. §. 2. de Adq. poss. l. 79. de solut.* vel symbolum aliquod, *ut si ad res inclusas traduntur claves. l. 9. §. 6. de A. R. D. idque apud ipsam cellam seu horreum. l. clavibus. 74. de contr. emt. * si trabes obsignantur. l. 14. de per. & com. rei vend. * si custos appositus l. 5. de A. P. Si instrumenta tradantur. l. 1. C. de don.*

Traditio ficta brevis manus.

Et longæ.

AD THES. XXXIX.

VEL SYMBOLUM ALIQVOD] Hunc enim modum a traditione ficta differre erudite ostendit Huber. *ad Inst. de R. D. §. 34. p. 102. 103.* ubi & de fictione longæ manus, quod improprie ad traditionem fictam referatur, item & de scotatione & effestucatione modis novioribus symbolicæ traditionis.

XL. Ad fictam ejusmodi traditionem referuntur etiam res pro derelicto habitæ, & missilium projectio, *quamvis & ad inventionem & occupationem referri possint. propius tamen ad mentem Imperatoris est, ut huc referantur, §. 47. 48. 49. Inst. h. t.* Ut autem*

tum res pro derelicto habeatur, requiritur, ut possessio amissa, & dominium amissum, nempe si ea mente abjecta sit res, aut neglecta, ne in numero rerum amplius sit. Hinc objectum harum rerum non sunt fortuito amissa, vel necessitate urgente v. g. tempestate projecta l. 2. in fin. de L. Rhod. l. 8. eod. §. ult. Inst. de rer. div. sed obloquitur Ulpian. l. 43. §. 11. de furt. qui tradit, plerumque derelinquentis, animo jactari. Respondeo, regulariter, in dubio animus derelinquendi non praesumitur, in jactu ejusmodi, quae aquis non pereunt: secus in his, quae pereunt, ut sunt frumenta, sal, saccharum, crocus & simil. Et hoc innuit Ulpianus, verbis: Cum sciat periturum, *ubi particula cum, non est αἰτιολογικὴ, sed adverbium temporis. Dissentit Wissenbach. disp. Inst. 10, th. 38. putans hanc explicationem particulae non ferre vocem;* plerumque. *Imo ferre potest.* Plerumque credendum est, animo derelinquendi jactari. *Ergo non semper. Quando itaque?* Cum sciat periturum.

Quidnam requiratur, ut res sit pro derelicto habita.

Regulariter in dubio animus derelinquendi non praesumitur.

AD THES. XL.

ET OCCUPATIONEM] Et quoad rationem §. 12. *Inst. de R. D.* convenientius; res enim hae eo momento, quo acquiruntur, sunt nullius.

RESPONDEO] Non opus est, ut hanc pugnam cum VVissenbachio ineamus, si dicamus Ulpianum in *d. l. 43. §. 11. ff. de furt* de jactu in genere loqui, atque adeo verba: *& si quidem derelinquentis animo*; intelligenda esse de eo casu, quando quis, citra tempestatis causam, jactum ex navi facit; reliqua autem verba: *si vero non hoc animo &c.* loqui de eo jactu, qui fit tempestate levandae navis causa, de quo etiam loquitur *§. ult. Inst. de R. D.* Atqui sic nulla erit antinomia. Nam quod responsionem Auctoris concernit, ego puto & in frumentis, sale, saccharo, croco & similibus in mare, tempestatis causa, ejectis animum derelinquendi non praesumi *arg. d. §. ult. Inst. de R. D.*

XLI. Accessio est vel naturalis, vel industrialis. Naturalis species est (I.) Foetus *seu procreatio* animalium nostrorum. *l. 5. §. 2 de R. V. §. 19. Instit.* etiam rationalium, ut partus ancillae. *hoc tantum discrimine, quod foetus in fructu sit; partus non sit. §. 37. l. 27. de per. her. l. 28. §. 1. de usur. * intellige quoad usumfructum. l. 68. de usufr. Ex ea enim re fructus aestimatur, qui ei proprius est. l. 12. §. 1. de usufr. Ancillarum igitur fructus proprie sunt operae,*

Foetus animalium in fructu est; partus ancillae non idem.

Ancillarum fructus sunt operae, non partus.

Digitized by Google

opera, non partus. l. 17. de pet. her. Alias vero ex mora etiam partus restituendi. l. 14. de usur. & comparantur fructibus fundorum in l. 9. §. ult. de leg. 1. & augent hereditatem. l. 27. de hered. pet.

Violenta partis terræ avulsio, quid operetur & quatenus?

XLII. II. Alluvio. *§. 20. Inst. h. l. 7. §. 1. de A. R. D.* in flumine, *non lacu, aut stagno. l. 12. ff. h. l. 24. §. fin. ff. de aqu. & aqu. pluv. arcend. idque propter negligentiam domini ripa adversa, ripam suam non munientis, neque agris etiam limitatis: sed arcifiniis l. 16. ff. de A. R. D. vide Frontin. de limit. agr. Salmas. in obs. ad jus Att. c. 26. p. 571.* a qua differt violenta partis terræ avulsio, *quæ non aliter facit adjectam alteri fundo partem ejus esse, quam si tam diu ei cohæsit, ut coaluerit, & , si quæ sunt, arbores, immiserint radices. §. 21. Inst. de R. D. non obstat. l. idem Pomponius, 5. §. 3. π. de R. V.*

Explic. l. 5. §. 3. de R. V.

quia se non evertunt; dominium jure Gentium adquisisse, & domino pristino non esse nullam actionem super, consequendi pretii gratia. Cujac. not. ad §. 21. Inst. h. Exemplum ejusmodi avulsionis habet P. Nannius lib. 10. Miscell. c. 2.

AD THES. XLII.

NEQVE AGRIS ETIAM LIMITATIS] *Vid. omnino Grot. l. 3. c. 16. & add. Huber. ad Inst. de R. D. § 17. p. 85.*

Insula quomodo in mari nascitur?

XLIII. III. Insula in flumine publico. *Non item si in mari nata, si unda dehiscens terram inter fluctus aperiat, ut, recessu maris, Rhodum ajunt surrexisse. Philo Bizant. περὶ τῶν ἑπτὰ θεαμάτ. Vide Fabrott. insignem JCtum not. ad Theoph. h. t. n. 22.* nata, *quæ non solum proprietate: sed usu etiam singulis (non impediente l. pen. §. 1. & §. ult de A. R. D. quæ non de tota insula: sed partibus extremis loquitur: Aliter Lyclam. 7. memb. 2)* adquiritur vicinia prædia habentibus. *§. 22. Instit. h. Quia ipse alveus pars est vicinorum prædiorum, qui tamen interim, dum contegitur flumine, censetur publicus. Hinc & insula pars alvei est: sed eminentis, ex superficie fluminis: Adeoque non æqualiter accedit vicinis prædiis: sed tum, ubi in medio fluminis: Et prædia utrinque ejusdem latitudinis. Alias ei soli cui propior, & pro modo latitudinis prædii. Quod si insula tota ab initio mihi quæsita, postea alluvione aucta, capit adversa ripa*

Explic. l. pen. §. 1. & ult. de A. R. D.

Alveus certo modo est vicinorum prædiorum & publicus.

ripa esse vicinior, mea manet. l. 56. pr. h. spectatur enim initium. *Vide etiam l. pen. §. pen. h. Sed moribus aliud servatur: Ut insula sit domini territorii, ex constitutione Imp. Adolphi Nassovii ad petitionem Reinaldi, Comitis Gelriæ Noribergæ lata an. 1293. Gryphiand. de Insul. c. 11. a n. 55. Idem obtinet in Galliis. Jean. Bacquet des droits de Iustice, chap. 39. Da. Carpz. 3. 31. 13. Lambert. Goris advers. tract. 4. §. 23.* Insula hodie est domini territorii.

AD THES. XLIII.

SI IN MARI NATA] Esse occupantis esse dicit Justinianus *§. 22. de R. D.* quia nempe accessorium sequitur naturam sui principalis. Nos eodem argumento dicimus esse rem publicam, & scilicet spectare ad illum populum, ad quem spectat maris portio, in qua nata est insula.

ACQVIRITVR VICINA PRÆDIA HABENTIBVS] Ex concessione Principis concedo, ex ratione naturali nego, ob arg. Labeonis *in L. pen. §. ult. ff. de A. R. D.* (qui §. non potest de partibus extremis insulæ intelligi, ut eum Auctor explicat hic) Inde mores, quos in fin. thes. adducit Auctor, rationi naturali magis conveniunt. Nec obst. arg. Auctoris, insulam esse partem alvei, alveum autem esse partem prædiorum vicinorum. Nam hoc posterius nego, quia alveus est potius pars continens fluminis (aqua enim profluens fluminis naturam non exhaurit *arg. §. 1. jun. §. 2. Inst. de R. D. add. §. 23. eod.*) & saltem vicinorum agrorum arcifiniorum terminus. *Vid. Grot. l. 2. c. 8. §. 8. p. 14.*

XLIV. IV. Alvei mutatio. *§. 23. Instit. l. 7. h. Quia olim erat pars vicini prædii, vi fluminis occupata postea, quo liberata pristinam conditionem repetit. Quod si novum alveum rursus reliquerit, reversus ad priorem fluvius, in destituto alveo idem jus, ut in priori Vide Sandeum decis. Frisic. lib. 5. tit. 1. def. 2. §. 23. Instit. h. t. Sed vix est, ut id obtineat, ait Cajus l. 7. §. 5. ff. h. t. Quare ita habendum forte: Aut flumen occupavit non integrum vicinum agrum, & tum, sive sensim recedat flumen intra veterem alveum, jure alluvionis, sive uno impetu, jure vicinitatis pristinus dominus agrum suum vindicat. Aut flumen totum agrum occupat, & tum si sensim recedit, pars alvei relicti jure alluvionis vicinis cedit. l. Attius. 38. ff. de A. R. D. sin impetu, jure stricto novus alveus relictus vicinis accedit, quia formam agri amisit. l. 7. §. 5. h. t. juncta l. si ager, 23. ff. Quib. mod. usufr. am. l. 30. §. 3. ff. de A. R. D. sed ex æquitate ad pri-* Alvei mutatio.

 sti-

stinum dominum debet reverti. Quia nec jure alluvionis, nec jure vicinitatis magis ad vicinos pertinere, quam pristinum dominum debet. Non alluvionis; quia nulla diligentia impetum fluminis coercere potuit. Non vicinitatis; Quia hæc locum habere non debet, nisi in eo alveo, qui nullo unquam tempore in bonis alicujus fuit, ut est naturalis ille & consuetus.

AD THES. XLIV.

QVIA OLIM ERAT PARS VICINI PRÆDII] Sed ubi extat, quod flumen non prius fuerit in alveo, quam prædia vicinis a republ. fuerint distributa. *Vid. iterum Grot. d. l. §. 9.*

XLV. Industrialis accessionis species sunt (I) Inædificatio, qua, si quis in suo solo ex aliena materia ædificat, ædificii fit dominus §. 30 *Instit. Materiæ autem dominium nec dominus alter amittit. Quamvis stante ædificio interim nec vindicare tignum, nec ad exhibendum agere possit. l. 6. verf. aliter ff. ad exhib. l. 23. §. pen. de R. V.* * *Actione tamen de tigno juncto duplum ejus consequitur. §. 30. l. 7. §. 10. ff. h. l. 23. §. pen. ff. de R. V. l. 6. ad exhib.* * *Sive bona, sive mala fide junctum fuerit. arg. l. 23. §. pen. de R. V. ubi opponitur actio de tigno juncto rei vindicationi & actioni ad exhib. quatenus & his tenetur, qui sciens junxit. Ergo qui non sciens, sola actione de tigno juncto tenebitur* * *Hoc tamen discrimine, quod adversus malæ fidei possessorem actio de tigno juncto sit pœnalis; cum qua concurrit rei vindicatio, & actio ad exhibendum ad hunc effectum, ut tignum æstimetur, quasi dolo possidere desiit. l. 1. 2. ff. de tig. junct. l. 23. §. pen. de R. V.* * *An vero B. F. possessor dupli condemnationem evitare potest, si tignum paratus est eximere? Aff. arg. l. 7. §. 10. h. ibi ne cogatur, l. 2. §. 17. l. ult. ff. ne quid in loco publico, ibi: non cogendum esse. Tum quod Lex XII. tabularum non nisi ordinariam actionem ad exhibendum, & rei vindicationem impedire voluit, juxta quam invito etiam possessori res potest auferri. l. 62. de R. V.*

Non tantum m. sed & b. f. possessor actione de tigno juncto in duplum tenetur.

B. f. possessor quomodo dupli condemnationem evitat

AD THES. XLV.

SIVE BONA, SIVE MALA FIDE JUNCTUM] Adde tamen omnino Brunnem. exerc. 6. *ad Inst. p. 51.*

AN VERO B. F. POSSESSOR] Potius negatur quæstio, quia verba L. tabb.

tabb. fuit prohibitiva, *l. gemma. 6. vers. aliter ff. ad exhibend. l. qui vis suas 98. §. ult. ff. de solut. l. 1. pr. ff. de tigno junct. Locam. quæst. Justin. 57. Conf. Brunnem. exerc. 6. ad Inst. p. 52.* Quamvis ergo quandoque in legibus dicatur, non cogi ædificatorem tignum eximere, inde tamen non concludere licebit: Ergo, si velit, potest, quippe argumenta a contrario sensu contra alios textus expressos non procedunt. Illud autem, quod lex 12. tabb. non nisi ordinariam actionem ad exhibendum & rei vindicationem impedire voluerit, ab Auctore non probatum, quin potius aliud apparet ex *l. 1. pr. ff. de tign. jun. verb. ne vel ædificia.*

XLVI. Sin ex sua materia in alieno solo ædificat, ædificium fit domini, cujus solum est: Si bona fide, impensas recipit ædificans; *Si quidem possideat. ædificium, retentione possessionis, opposita exceptione doli, §. 30. vers. certo illud. Inst. h. t. l. 48. de R. V. Quod si amisit possessionem, ei nec actione negotiorum gestorum, nec condictione indebiti, incerti, nec aliter succurrendum. Sin male, censetur donasse domino soli materiam; ut nec diruto ædificio vindicare possit. §. 31. Inst. h. t. l. 2. §. 12. l. 14. ff. de donat. * ad l. 2. C. de R. V. in qua animus ille donandi non videtur præsumi, varie respondere solet. Cujacius intelligit de malæ fidei ædificante, qui possidet. De eo enim qui non possidet, animus donandi facilius præsumitur. l. si servus. 27. §. si olivam ff. ad L. Aquil. Qui vero possidet, sperare potest, futurum, ut re evicta per retentionem impensas servet, vel tollat. II. Obs. 1. Glossa extendit hunc textum, de [illegible], qui in alieno solo, ex aliena materia sciens. Quod probat Arumæus, ad hunc §. Inst. h. t. Sed non videtur huic explicationi quadrare versiculus,* si non donanti. *Quomodo enim donandi animus tribui potest illi, qui ex aliena materia ædificet, & dominus non sit? Nisi de domino materiæ donante intelliges. A. Fab. dec. 26. Err. 9. verba;* si non donandi *non exceptive posita sunt, sed explicative, hoc modo; Materia redit ad m. f. possessorem, si animo non donandi, seu repetendi, ædificavit. Ergo non omnis M. F. ædificans præsumitur donasse: Quod verum puto. Præsumtio enim donationis debet cedere veritati, nec aliter locum habet, quam si de veritate constare non possit. l. 24. l. cum de indebito. 25. ff. de probat.*

Qui b. f. &c. ædificavit in alieno impensas recipit.

Ædificans m. f. in alieno, domini soli materiam donasse videtur.

Explic. l. 2. C. de R. V.

AD THES. XLVI.

NEC ACTIONE NEGOTIORUM GESTORUM] Vid. omnino Franck. ex-

ſtinum dominum debet reverti. Quia nec jure alluvionis, nec jure vicinitatis magis ad vicinos pertinere, quam priſtinum dominum debet. Non alluvionis; quia nulla diligentia impetum fluminis coercere potuit. Non vicinitatis; Quia hæc locum habere non debet, niſi in eo alveo, qui nullo unquam tempore in bonis alicujus fuit, ut eſt naturalis ille & conſuetus.

AD THES. XLIV.

QVIA OLIM ERAT PARS VICINI PRÆDII] Sed ubi extat, quod flumen non prius fuerit in alveo, quam prædia vicinis à republ. fuerint diſtributa. *Vid. iterum Grot. d. l. §. 9.*

XLV. Induſtrialis acceſſionis ſpecies ſunt (I) Inædificatio, qua, ſi quis in ſuo ſolo ex aliena materia ædificat, ædificii fit dominus. §. 30 *Inſtit. Materia autem dominium nec dominus alter amittit. Quamvis ſtante ædificio interim nec vindicare tignum, nec ad exhibendum agere poſſit. l. 6. verſ. aliter. ff. ad exhib. l. 23. §. pen. de R. V.* Actione tamen de tigno juncto duplum ejus conſequitur. §. 30. l. 7. §. 10. ff. h. l. 23. §. pen. ff. de R. V. l. 6. ad exhib. * Sive bona, ſive mala fide junctum fuerit. arg. l. 23. §. pen. de R. V. ubi opponitur actio de tigno juncto rei vindicationi & actioni ad exhib. quatenus & his tenetur, qui ſciens junxit. Ergo qui non ſciens, ſola actione de tigno juncto tenebitur * Hoc tamen diſcrimine, quod adverſus malæ fidei poſſeſſorem actio de tigno juncto ſit pœnalis; cum qua concurrit rei vindicatio, & actio ad exhibendum ad hunc effectum, ut tignum æſtimetur, quaſi dolo poſſidere deſierit. l. 1. 2. ff. de tig. junct. l. 23. §. pen. de R. V. * An vero B. F. poſſeſſor dupli condemnationem evitare poteſt, ſi tignum paratus eſt eximere? Adſ. arg. l. 7. §. 10. h. ibi ne cogatur, l. 2. [illegible] 17. l. ult. ff. ne quid in loco publico, ibi: non cogendum eſſe. Tum quod Lex XII. tabularum non niſi ordinariam actionem ad exhibendum, & rei vindicationem impedire voluit, juxta quam invito etiam poſſeſſori res pureſt auferri. l. 68. de R. V.*

Non tantum m. f. ſed & b. f. poſſeſſor actione de tigno juncto in duplum tenetur.

B. F. poſſeſſor quomodo dupli condemnationem evitet

AD THES. XLV.

SIVE BONA, SIVE MALA FIDE JUNCTUM] Adde tamen omnino Bruñem. exerc. 6. ad Inſt. p. 5-1.

AN VERO B. F. POSSESSOR] Potius negatur quæſtio, quia verba l. 12. tabb.

tabb. sunt prohibitiva, *l. gemma. 6. vers. aliter ff. ad exhibend. l. qui res suas 98. §. ult. ff. de solut. l. 1. pr. ff. de tigno junct. Locam. quæst. Justin. 97. Conf. Brunnem. exerc. 6. ad Inst. p. 52.* Quamvis ergo quandoque in legibus dicatur, non cogi ædificatorem tignum eximere, inde tamen non concludere licebit: Ergo, si velit, potest, quippe argumenta a contrario sensu contra alios textus expressos non procedunt. Illud autem, quod lex 12. tabb. non nisi ordinariam actionem ad exhibendum & rei vindicationem impedire voluerit, ab Auctore non probatum, quin potius aliud appetet in *l. 1. pr. ff. de tign. jun. verb. ne sol ædificia.*

XLVI. Sin ex sua materia in alieno solo ædificat, ædificium fit domini, cujus solum est: Si bona fide, impensas recipit ædificans; *Si quidem possideat ædificium, retentione possessionis, opposita exceptione doli, §. 30. vers. certo illud. Inst. h. t. l. 48. de R. V. Quod si amisit possessionem, ei nec actione negotiorum gestorum, nec condictione indebiti, incerti, nec aliter succurrendum. Sin mala, censetur donasse domino soli materiam, ut nec diruto ædificio vindicare possit. §. 31. Inst. h. t. l. 2. §. 12. l. 14. ff. de donat. * ad l. 2. C. de R. V. in qua animus ille donandi non videtur præsumi, varie responderi solet. Cujacius intelligit de mala fidei ædificante, qui possidet. De eo enim qui non possidet, animus donandi facilius præsumitur. l. si servus. 27. §. si olivam ff. ad L. Aquil. Qui vero possidet, sperare potest, futurum, ut re evicta per retentionem impensas servet, vel tollat. II. Obs. 1. Glossa extendit hunc textum, de eo, qui in alieno solo, ex aliena materia sciens. Quod probat Arumaeus, ad hunc §. Inst. h. t. Sed non videtur huic explicationi quadrare versiculus,* si non donandi. *Quomodo enim donandi animus tribui potest illi, qui ex aliena materia ædificet, & dominus non sit? Nisi de domino materiæ donante intelliges. A. Fab. dec. 26. Err. 9. verba;* si non donandi *non exceptive posita esse, sed explicative, hoc modo; Materia redit ad m. f. possessorem, si animo non donandi, seu repetendi, ædificavit. Ergo non omnis M. F. ædificans præsumitur donasse: Quod verum puto. Præsumtio enim donationis debet cedere veritati, nec aliter locum habet, quam si de veritate constare non possit. l. 24. l. cum de indebito. 25. ff. de probat.*

Qui b. f. &c. ædificavit in alieno impensas recipit.

Ædificans m. f. in alieno, domini soli materiam donasse videtur. Explic. l. 2. C. de R. V.

AD THES. XLVI.

NEC ACTIONE NEGOTIORUM GESTORUM] Vid. omnino Frank. cu-

art. 4. qu. & *Huber. ad Inst. de R. D. §. 24. p. 93.* ubi addit in praxi, ex aequo competere remedium aliquod b. f. possessori.

VARIE RESPONDERI] Non contemnenda aliorum responsio scil. *l. 2. C.* respicere ad casum *l. 37. ff. de R. V. Vinn. in not. ad §. 30. de R. D. Huber. ad Inst. de R. D. th. 24. p. 92.* Caeterum praxi hodierna & m. f. aedificatorem facultatem habere impensas tollendi, vel eas repetendi docet Voet. *ad §. 30. in fin. Inst. de d. R. D. p. 439.*

Plantatio.

XLVII. II. Plantatio, qua dominium adquiritur, si planta cum terra coaluerit, & radices egerit. *§. 32. Inst. l. 7. §. 13. h. t. l. 9. §. 2. de damn. inf.* * *Ergo & arbor tua in confinio posita, si radices ex parte in meum fundum mittit, fit communis §. 32. l. 7. §. 13. & l. 8. de A. R. D. Sin in totum, ita ut non aliunde alatur, nec alibi consistere videatur, mihi juri soli adquiritur. §. 32.*

AD THES. XLVII.

ET RADICES EGERIT] Aliud in satione (quam, cur omiserit Auctor, non video) sata enim statim solo cedunt, etsi radices nondum egerint, quia impossibilis moraliter eorum est exhibitio, postquam in terram sunt sparsa, Brunnem. *exerc. 4. ad Inst. p. 53.* Caeterum & quoad Jus Saxon. indistincte sata solo cedere perspicue ostendit Carpz. *lib. 1. Resp. 100.* non obstante Landr. *lib. 2. art. 46.*

SI RADICES EX PARTE] i. e. radices non omnes, sed quasdam, modo tamen & has integras & prope truncum; Nam si extimas saltem radicum partes in vicinum fundum porrexerit, mea manet *l. 6. §. 2. arb. furt. caes.*

SIN IN TOTUM] De jure Saxon. rami arboris vicini, qui & quatenus in meum fundum porriguntur, mei sunt una cum fructibus. *Vid. Philipp. lib. 11 Ecl. 13.* Jus ergo Sax. magis dominium aëris considerat, quam nutrimentum terrae; neque adeo male, quia ratio decid. Juris Saxon. ut quae statim in sensus incurrit, lites non parere potest, uti ratio juris civilis.

Scriptura hodie etiam chartae cedit.

XLVIII. III. Scriptura, quae cedit chartae, etiam hodie. *Sed si, qui scripsit, possideat, opposita exceptione doli, consequitur expensas, dummodo sit bona fidei possessor. d. §. 33. Inst.* * *Si non possideat, dabitur ei fortassis actio in factum, ut charta aestimatione soluta, ea cum scriptura restituatur. arg. l. 3. §. pen. ff. ad exhib.*

AD THES. XLIIX.

ETIAM HODIE] Faciunt cum Auctore Ludov. *exerc. 4. thes. 7. lit. E. Brunnem. exerc. 6. p. 54.* Sed verior videtur contraria opinio, de qua attesta-

ftantur Mynfinger, Schneidevv. Voët. ad §. litera quoque Inst. de R. D. Add. Pufend. lib. IV. de J. N. c. 7. §. 17. praeprimis cum & Leges civiles in nonnullis casibus iniquitatem decisionis intellexerint, & adversus dominum chartae actionem in factum concesserint l. 3. §. pen. ad exhib. Vid. omnino Huber. ad Inst. de R. D. §. 26. p. 95.

DABITUR EI FORTE] De jure civili hanc actionem extra casum l. 3. extendendam non arbitror, cum alias dominium, quod domino chartae in Inst. tribuitur, revera nullum foret.

XLIX. IV. Pictura vero tabulam propter artis privilegium ad se trahit. §. 34. Instit. l. 9. §. 2. h. t. * *Quibus cum committitur. l. 23. §. 3. de R. V. Locus jam dudum conclamatae conciliationis. Dicemus Paulum inhaerere regulae: Necesse est, id ei rei cedere, sine qua esse non potest. Non negare autem exceptionem, quae circumscribit rationem regulae, propter privilegium, praeter regulae rationem, Pictoriae concessum.* Sane praestat quidlibet causari, quam antilogiam.* Pictura trahit ad se tabulam. Cui non resistit l. 23. §. 3. d. R. V. Antilogiam causari non decet.

AD THES. XLIX.

AD SE TRAHIT §. XXXIV. INST.] Sed quid est, quod in d. §. 34. utilis actio domino tabulae adversus pictorem possidentem detur: An ergo quemadmodum in verbis praecedentibus, si dominus tabulae picturam possideat, pictor pretium solvens exceptione doli mali repellit nequit, sed tabula est ipsi exhibenda: ita & in hoc casu, si dominus pretium picturae solvat, pictor ipsi picturam exhibere debet? Videntur quidem prima fronte verba d. §. 34. id innuere junct. l. 9. §. 2. Verbis ita efficaciter experiri ff. de A. R. D. Sed minime: Alias enim dominium pictoris esset imaginarium, deteriorque foret ipsius conditio, si possideret, quam si non possideret. Dic ergo: actionem domini tabulae adversus pictorem ideo vocari utilem, quia directo non potest restitutionem tabulae petere; sed ut aut restituat pictor tabulam, & pretium picturae accipiat, aut, si picturam retinere velit, pretium tabulae reddat; Erit ergo electio pictoris. *Vid. Claud. Cantiuncul. in paraphrasi ad §. si quis in aliena 34. Inst. de R. D. p. m. 117.* Et in hoc haec actio utilis a reliquis actionibus rei vindicationis utilibus differt, quod reliquae tantum utiles vocentur ratione subjecti activi, quia scilicet dantur non dominis: haec vero utilis est non solum ratione actoris, sed & ratione rei, & imo ratione petitionis quoque, *Conf. Strub. exerc. 11. th. 6.*

NON NEGARE AUTEM] Scilicet quasi verba in d. l. 23. §. 3. *licet de pictura quidem contra senserint*, *propter pretium picturae* parenthesi includi debeant.

beant, ut adeo Paulus aliorum sententiam referat, non approbet. *Confer Strub. exerc. 41. th. 31.* Sed quid est Paulo alienam mentem affingere, si hoc non est?

SANE PRÆSTAT QVIDLIBET CAUSARI] Sed hæc assertio non minus, quam Hotomanni expunctio, aut appositio particulæ negativæ turbat totam Jurisprudentiam, ejusque potissimam partem, legum interpretationem, quæ principaliter jubet mentem scribentium considerare. Ergo cum aperte in *d. text.* vestigia antiquæ dissensionum deprehendantur, quid obstat, quo minus dicamus, Paulum & Cajum diversas proponere opiniones. Sufficit enim, quod Caji opinio a Justiniano in Inst. Pandectis derogantibus approbata fuerit. *Conf. Ant. Matth. in not. ad Inst. p. 95. 96.*

Specificatio.

L. Tertius adquirendi modus est Specificatio, quando ex aliena materia nova species conficitur, ita ut ad pristinam materiam reduci nequeat. *§. 25. Inst. h. t.* * *Pugnare creduntur l. sed si 26. de A. R. D. & l. Minicius. 61. d. R. V. Mihi ita visum. Minutius interrogatus primo de navi refecta ex aliena materia, an navis maneret ejusdem reficientis? Resp. manere, jure accessionis l. 26. §. 1. de A. R. D. Quod si navis dissoluta, de novo ab alio ædificetur? An ædificantis manet? Resp. non posse manere. Ductus forsan. arg. l. 10. §. 7. ff. quib. modis ususfr. Nam cum facile ad pristinam materiam reduci possit, manere prioris domini. Id Julianus notat. Nam hanc speciem non cadere sub specificationem, sed sub accessionem, non alia ratione, atque si ædificavero ex aliena materia in meo solo. Proinde totius navis proprietatem carina causam sequi. Carina instar soli est, arg. l. 2. C. de R. V. Vide Bodin. de Rep. p. 10. reliqua contignationis superficiei. Itaque aut carina fuit ædificantis, & aliena materia cedet carinæ jure accessionis: Aut non fuit, & tum proinde erit, atque si ex aliena materia in solo alieno ædificaverim. Et hanc esse veram legis hujus speciem, tum verba ejusdem probant, quæ sunt non de navi de novo facta: sed de sua navi, puta ædificantis. Ergo de ea, qua fuerat, antequam secunda vice ædificaretur. Tum ratio quoque decidendi, quæ ad carinam jubet respicere. Navis autem de novo fabricanda neque carina est. Tum denique expressa l. 24 §. ult. de Legat. 1. cujus species & nostra legi gemina germana est. Alia vero ratio est navis integra ex aliena materia confecta, qua de Paulus d. l. 26. ff.*

Conciliantur l. 26. de A. R. D. & l. 61. de R. V.

Carina instar soli est.

26. ff. h. t. quæ species legis ad specificationem pertinet, non ad accessionem, vel adjunctionem.

AD THES. L.

ITA UT AD PRISTINAM] Sed & in hac distinctione judici considerandum erit, ne aliis circumstantiis concurrentibus, si ei stricte inhærere velit, [redacted] summo jure oriatur summa injuria. *Conf. Puf. de J. N. l. 4. c. 7. p. 10.*

ALIA VERO RATIO EST NAVIS INTEGRÆ] Ita tamen ut & hic distinguas, an tabulæ jam fuerint ad navis extructionem præparatæ, an vero adhuc rudes, ita [redacted] posteriori saltem casu ad pristinam materiam possit navis reduci. Paulus quippe in *d. l. 26. h. t.* proponit casum de cupresso non præparata.

LI. Si vero partim ex sua, partim ex aliena materia species fit, facientis est indistincte. * *Quatenus non attendi debet, numquid materia reduci facile possit, nec ne. §. 25. vers. quod si partim. Quia ratio in fine paragraphi adjecta generalis est.* * *Distingui tamen debet an voluntate utriusque, an unius facto species orta sit. Nam illo casu species communis fit. l. 7. §. 8. in fin. ff. h. t.*

AD THES. LI.

QVATENUS NON ATTENDI DEBET] Imo debet, tum, quia in *d. §. 25. vers. quod si partim &c.* casus omnes solum de specie, quæ ad pristinam materiam reduci non potest, loquuntur, tum ob regulam generalem in *l. 24. ff. de A. R. D. l. 78. §. 4. ff. de legat. 3. Add. l. 5. §. 1. de R. V.* Nec obstat ratio Auctoris. Negamus enim rationem Justiniani in hoc §. adjectam esse generalem. Talia quippe intelliguntur prædicata, qualia permittuntur a suis subjectis. Adde paraphrasin Cantiunculæ *p. m. 199. & Struv. exerc. 41. th. 38.*

LII. Huc pertinet & confusio, quando duorum v. g. dominorum materiæ in unum corpus confunduntur, ut separari non possint. *Si enim separari possunt, & casu sunt confusa non communicantur l. 5. §. 1. de R. V.* Quo casu corpus utrique domino commune est, sive *utriusque §. 27. Inst. h. t. l. Marcellus. §. ult. ff. de R. V.* sive neutrius, *d. §. 27. vers. quod si fortuito.* voluntate *sed casu confusum sit. Eadem ratio est, si facto unius confusio exstitit. Nam & sic corpus fit commune, nisi inde oriatur nova species l. Pomponius. 5. §. 1. de R. V.* Confusio.

AD

Digitized by Google

AD THES. LII.

NISI INDE ORIATUR NOVA SPECIES] Scilicet ne obstet §. 25. *in fine de R. D.*

Commixtio. LIII. Et commixtio, quando singula corpora in sub substantia durant, nec novam speciem constituunt. Et aut facta est consensu, & facit rem communem: Aut casu, vel ab alterutro, & res manent singulorum, *ut vindicari possint, & communi dividundo, itemque furti & ad exhibendum agi contra eum, qui dolo malo commiscuit. l. 4. ff. de R. Vind. In vindicatione autem & comm. div. actione hoc amplius ferat, cujus res pretiosior erat. d. l. 4. ff. de Rei vind. §. 29. Inst. h. Hae de acquisitione.*

AD THES. LIII.

ET RES MANENT SINGULORUM] Nec videntur communes esse Triboniano §. 28. de R. D. *add. l. 3. §. 2. l. 5. pr. ff. de R. V.* nimia subtilitate, quia scil. grex non fit communis, si pecora Titii tuis pecoribus mista fuerint, ergo nec frumentum. A baculo ad angulum, ne quid gravius dicam. Grex separari potest facillime, frumentum confusum nequaquam potest, sive triticum cum filigine, sive triticum cum tritico fuerit mixtum. Dato autem uno absurdo sequuntur plura. *In rem quidem actio*, pergit Tribonianus, (secundum ductum Pomponii *d. l. 5. pr. ff. de R. V.*) *pro modo frumenti cujusque competit, arbitrio autem judicis continetur, ut ipse aestimet, quale cujusque frumentum fuerit.* Rei vindicationem dicit Tribonianus, ubi tamen dominus rem suam non consequatur, quamvis ea apud reum extet, quod est contra naturam omnis rei vindicationis. Cur ergo non dicemus & hic casibus frumentum commune esse, cum actio idem petat, quod actio communi dividundo? *Conf. Cantiuncul. in paraphras. Inst. p. 103.*

LIV. Amittitur possessio multis modis, *& quidem iisdem ferme, quibus adquiritur, in contrarium actis, l. 153. de R. I. l. 8. h. & quia nulla possessio adquiritur, nisi animo & corpore: Ita nisi hoc modo nec ulla amittitur.* Animo solo, *l. 3. §. 6.* a volentibus, *l. 30. §. 1. & 4. h. l. 12. de Reli. si quis rem in sacrum dedicaverit, aut ex quacunque causa alteri tradiderit, si alieno nomine se possidere constituerit. l. qui meo 18. in pr. h. t.* Invitis autem nobis corpore & animo simul, vel mutata rei possessae conditione, *puta sacrificatione,*

Amittitur possessio a volentibus animo solo.

na, vel personæ possessoris, *v. g. in alienam potestatem redacti. l. 30. §. 3. h. t.* vel rei occupatione, *facta vel a causa naturali*, veluti inundatione maris aut fluminis, *l. cum unus. 12 §. fin. de Reb. aut. jud. l. 3. §. Labeo. l. qui universas 30. §. item quod h. t. Vel a voluntate hominis*, dejectione *de re immobili. l. 5. de usur. Si cum absentibus nobis quis eas ingressus esset, ubi id rescivimus, possessionis & rei apprehendendæ nobis non amplius superesse facultatem putavimus, per l. 1. §. 24. 28. & 29. de V. & V. A. l. 3. §. 8. l. 6 §. 1. l. 7. & l. 25. §. ult. h. t.*

AD THES. LIV.

ANIMO SOLO L. III. §. VI.] Videtur equidem gravis pugna esse inter *l. 3. §. 6. ff. h. t.* ubi dicitur, quod & animo solo possessio amittatur; & inter *l. 8. ff. eod. junct. l. 153. de R. J.* quæ asserit, possessionem non amitti, nisi utrumque concurrat. Antinomia subesse nequit, quia utraque lex Pauli est. Sed conciliationem peto omnino a Struvio *ex. 42. th. 31. & 32.*

LV. *Jure mobili, si nobis eripitur, si exciderit, ut inveniri non possit. l. 3 §. Nerva. 13. h. t. si in flumen demersa sint. l. Pomponius 13. in pr. h. t si pecus aberraverit. d. l. 13. §. 13. Si rapina, furto, fortuita subductione amissa. l. 13. pr. l 15. 47. l. 3. §. 13. 14. 18. h. t. l. 1. §. ult. de furt.*

LVI. Sed & corpore alieno possessio nostra amittitur; Rerum mobilium facilius, vel ignorantibus nobis, *si penes alium sunt*, & quis eas saltem intervertendi animo contrectavit. *l. 3. §. si rem. 18. l. si quis rem. 20. l. rem. 47. h. t.* Sed & immobilium, quas ministerio corporis alieni tenemus, etiam a nobis ignorantibus, si modo alius possessionem fuerit ingressus *l. peregre. 44. de A. P. Item si qui nostro nomine possidebat, deserendæ possessionis causa sua sponte & proprio motu excesserit. l. si colonus. 31. l. si de eo. 40. §. 4. h. t. Vel alteri rem tradiderit. l. 3. §. si quis & §. seq. h. t.* * *Nisi colonus rem meam vendiderit alteri, & eam ab emtore conduxerit, & utrique locatori pensionem præstiterit, ubi prior locator retinet possessionem. l. quamvis 32. §. 1. h. t. Ratio singularitatis est, quod colonus in ea specie non habuit animum intervertendi possessionem priori locatori, quippe cui mercedem solvere perseveravit, ut proinde traditio ficta, fa-*

Corpore alieno possessio quoque amittitur.

Non solum mobilium;

sed & immobilium.

facta anteriori conductione coloni, non potuerit obtinere suum effectum: sed civilis possessio, quæ penes duos esse non potest, penes priorem locatorem manserit.

AD THES. LVI.

SUA SPONTE ET PROPRIO MOTU EXCESSERIT] Scilicet etiamsi alius possessionem non fuerit ingressus. Diversum enim casum a præcedente ab Auctore intelligi, innuunt tum particula *item*, tum textus citati *l. 31. & l. 40. §. 1. h. t.* Verum has leges *per l. ult. C. de A. P.* abrogatas esse certum est. *Vid. Struv. exerc. 42. th. 31. Conf. Brunnem. ad d. l. ult.*

ALTERI REM TRADIDERIT] Hunc casum solum per *d. l. ult. C.* adhuc obtinere quidam putant, adeoque & per eum abrogatam esse *l. 44. §. 2. de A. P.* de eo, qui absque traditione desertam a servo possessionem ingressus fuerit. Vide quæ non male disputat Struv. *d. l. & Conf. Brunnem. d. l.*

LVII. *Quod si fructuarius locaverit domino fundum, quem proprietarius alteri vendit, non deducto usufructu, amittitur usufructus, etsi mercedem solvere pergat fructuario proprietarius. l. Pomponius. 29. in pr. Quib. mod. ususfr. amit. Ratio: Quia emtor suo nomine fruitus est re, quæ tota in ipsum translata est: Secus atque in casu d. l. 32. §. 1. h. ubi colonus venditor retinuit fundum & ipse fructus percepit.*

Cum feræ bestiæ se recipiunt in libertatem, amittatur dominium.

LVIII. Feræ simul atque naturalem libertatem recipiunt, nostræ esse desinunt. *l. quod enim. 3. §. ult. ff. de adm. rer. dom. Atqui in rebus cæteris dominium, quod a possessione incipit, non ideo, amissa possessione, amittitur. Imo jus dat, etiam ad repetendam possessionem. Quare verius est, non per se amitti dominium, eo quod feræ custodiam evaserint: sed ex probabili conjectura, quod ob difficillimam persecutionem eas pro derelictis habere credamur, præsertim cum internosci, quæ nostra fuerint, ab aliis non possint. Cui consequens foret, ut si hæc conjectura per alias conjecturas elidi potest, ut si addita sunt feræ γνωρίσματα sive crepundia, qualia habuisse cervos quosdam & accipitres, atque inde agnitos & dominis redditos notum est, dominium supersit. Vide Grot. d. I. B. 2. 8. 3.*

AD THES. LIX.

CUM INTERNOSCI] Ergo ubi internosci facile possunt, non procedit. Vide casus alios supra in annot. *ad th. 45. Verbis: Pavones &c.*

DIS-

DISSERTATIO VII.

De

Servitutibus.

RESPONDENTE

CHRISTIANO Meyer/ Quakenbruga Westphalo.

APHORISMUS I.

SEquitur altera rerum divisio; Quæ res vel sunt corporales *l. 1. §. 1. de R. div.* quæ sua natura tangi possunt, *Græcis, au-ctore Gellio 5. 15.* τὸ θιγόμενον, ἢ ἁπτὸν σῶμά ἐστιν. *Aliis* τὸ τριχῆ διαστατὸν, *trina dimensione constans; Ciceroni in Top. quæ cerni tangive possunt. Scilicet substantiæ primæ, non secundæ, hic homo, equus, quæ JCtis species vocantur. Suntque vel mobiles, ut merces in taberna, l. 66. de V. S. Vide P. Heigium 2. 15. 25. & alia, quas recenset Berlich. p. 3. conclus. 30. Coler. decis. 59. Carpzov. p. 3. Const. 24. vel immobiles. Illa, vel per se, quæ moventes dicuntur. l. 93. de V. S. vel ab alio. Immobiles, ut fundus, pr. Inst. h. t. l. 60. l. 211. de V. S.* * *Non ergo nomen juris est, ut vult Cujac. in l. 58. de V. O. quod proprietatem innuat.* * *Pisces in piscina, si generationis gratia habentur, immobilibus accensentur. arg. l. 62. §. 1. de usufr. Moller. ad constit. Elector. 3. 32. H. Pist. p. 1. q. 24. num. 65. Dissent. Molin. consuet. Paris. tit. 1. §. 1. gl. 8. n. 19. Secus si custodiæ causa in quotidianum usum, quo casu non sunt pars fundi. Ergo mobiles l. 15. ff. de Act. emt. Eadem ratio est avium & ferarum, quæ propagationis causa aluntur. Meyer. Coll. Arg. ad tit. de Rer. div. th. 55. emt.* * *Molendinum, immobilis res est, quia fundamentum immobile soloque cohæret. l. 18. ff. de act. emt. Ergo & alatum. Facultas Juridica Lips. apud Finckelth. obs. 20. num. 13. & seq. Contra censuit Scabinatus Lipsiensis, apud Carpz. Jurispr. Sax. p. 3. const. 24. def. 8. Sed Academicorum sententia vera & ab Electore Saxoniæ probata, decis. 53. ibid.* als Erdfest/ und am *stipite* eingesencket. * *Non vero navi impositum. arg. l. 1. §. 7. de V. & V. A. l. 20. §. 4. quod vi aut cl. Cor-*

Res corporales.

Species.

Merces in taberna sunt res mobiles.

Pisces quatenus res immobiles.

Molendinum immobilis res est.

Pecunia est res corporalis.

poralis res est & pecunia. §. 1. Inst. de reb. corp. l. 94. §. 1. de solut. l. 13. in f. de reb. cred. l. 24. in. depos. l. 79. §. 1. de leg. 3. Utut quandoque corpori opponatur. l. 46. de Cond. ind. l. 95. de leg. 3. l. 24. depos. l. 10. de accept. Opponitur enim corpori, non ut incorporale, sed ut species corporis generi.

AD DISSERTAT. VII.

AD THES. I.

NON VERO NAVI IMPOSITUM] Sed argumenta Auctoris non stringunt; a navi enim, de qua loquuntur textus allegati, ad molendinum navale N. V. C. Navis essentia fere in eo consistit, ut de loco in locum moveatur: non ita molendini navalis. *Vid. omnino Struv. in synt. Jur. feud. cap. 6 aph. 11. n. 6. p. m. 199.*

SED UT SPECIES] Accedit quod duplex quoque possit esse pecuniæ consideratio. Vel enim consideratur ejus substantia, & tunc spectat ad corpora; vel ejus valor seu quantitas & tunc corpori opponitur. Qui duplex respectus conjungitur eleganter in *l. 94. §. 1. ff. de solut.*

II. Vel incorporales, *incorporea, Gellio 5. 15. Græc.* ἀσώματα, quæ tangi nequeunt. *§. 2. Instit. h. t. l. 1. § 1. de R. D. seu quæ in jure consistunt, ut servitus, hereditas, obligatio; vel in facto, ut possessio. l. 1. § 1. de adq. poss.* * *& hæc dicuntur intellectu percipi, non quasi sint entia rationis, & extra intellectum non entia: sed oppositive ad sensum externum; atque res corporales, quatenus sunt quidem revera etiam extra intellectum: sed sine corpore, & tangi nequeunt.*

Res incorporales intellectu percipiuntur.

AD THES. II.

ENTIA RATIONIS] Ridetur in hoc passu VVesenbecius a Bachovio & Vinnio, quod res incorporales dicat entia rationis. Si vero hypothesin JCtorum veterum, quorum plerique Stoici fuerunt, adspiciamus, sententia ea non adeo est ridenda. Hi quippe omne illud quod non erat corpus pro non ente habebant. *Vid. Hub. digress. l. 4. c. 3. Lips. introd. ad Physiol. Stoic. lib. 2. dissert. 4. p. m. 145. seqq.*

III. In hoc numero est servitus; *qua non intelligitur species aliqua ejus, de qua Disput. 1. actum. Est enim terminus æquivocus. Sed quæ est jus, seu qualitas moralis, aut conditio rei. L. 23. § 2. de S. P. R.* * *Alii definiunt per privationem: sed fortassis incommode. Non enim se habent ut habitus & privatio; nam nulla datur pri-*

Servitus non est privatio.

Digitized by Google

privatio, quæ alteri subjecto conferat habitum, quemadmodum servitutes. arg. l. 20. §. 1. de A. R. D. l. 86. de V. S. neque semper tollit formam in subjecto serviente, quæ est libertas re sua utendi, ut maxime enim cogaris pati, ut alius eat, agat, vehat in tuo, tamen non tollitur libertas tua idem faciendi. Sed ut facultas moralis activa & passiva. Adeoque iter v. g. est potentia moralis activa eundi, in prædio dominante, passiva, in fundo serviente. in re *l. 12. ff. quemadm. serv. am. §. 2. Inst. de usufr.* aliena, *quia res propria nemini servit. l. 26. de S. U. P. l. 33. §. ult. de S. R. P. l. 5. pr. ff. si usufr. pet. ad alterius utilitatem l. 15. pr. ff. de servit. saltem speratam, etsi nondum præsentem l. 19. ff. de servit. l. 55. usufr.* Itaque plenius sic distinguo: *Aut servitus absolute, & omni tempore inutilis est, & non recte constituitur. l. quoties. 15. de servitut. l. 3. §. 1. de S. P. R. l. sicut 8. §. pen. ff. Si ser. vind. l. si ædes. 38. & l. seq. ff. de S. P. U. Aut utilis esse potest, inutilis autem est personæ, & valet impositio. Ita intelligendus Labeo l. pen. de servit. ibi: quamvis ea nobis utilia non sunt. Aut servitus ab initio utilis fuit, sed postea inutilis effecta, nihilominus conservatur, sive spes sit eam utilem futuram sive minus. Aut ab initio fuit inutilis, sed quandoque utilis futura, & recte constituitur, atque statim inducitur. l. 2. qui ædificium 22. & l. seq. de serv. præ. urb. l. Labeo 10. S. P R. l. ult. si ser. vind. l. 98. de V. O. Notandum tamen, quod sub utilitate & amœnitas comprehendatur, ut in servitute prospectus, in qua nihil nisi gratia inest. l. 15. & S. U. P. l. 22. de aq. & aq. l. 3. §. nec non illud. ff. de in rem. vers. l. 16. vers. sed si amœnitas ff. Quod vi aut clam. l. statua. 41. pr. ff. de usufr.* constitutum, *quo dominus prædii cogitur aliquid in suo pati, aut non facere l. 15. §. fin. ff. de servit. l. ult. §. ult. ff. de contr. emt. Nulla autem datur servitus, quo cogar in meo quid facere, ne oneris ferendi quidem, vide aph. 11.*

Res propria nemini servit.

AD THES. III.

SIVE SPES SIT EAM UTILEM FUTURAM] Si textum Juris addidisset Auctor, crederem. Finge: Cujus ædes depressas habet, vicinos, a dexteris Titium, cujus ædes altæ, a sinistris Sempronium, cujus ædes etiam depressæ. Sempronius altius ædificare vult, hæc ædificatio, quia incommodum afferebat Titio, ideo per pactum inter Titium & Sempronium con-

poralis res est & pecunia. §. 1. Inst. de reb. corp. l. 94. §. 1. de so ut. l. 13. in f. de reb. cred. l. 24. ff. depos. l. 79. §. 1. de leg. 3. Licet quandoque corpori opponatur. l. 46. de Cond. ind. l. 95. de leg. 3. l. 24. depos. l. 10. de accept. Opponitur enim corpori, non ut incorporale, sed ut species corporis generi.

Pecunia est res corporalis.

AD DISSERTAT. VII.

AD THES. I.

NON VERO NAVI IMPOSITUM] Sed argumenta Auctoris non stringunt; a navi enim, de qua loquuntur textus allegati, ad molendinum navale N. V. C. Navis essentia fere in eo consistit, ut de loco in locum moveatur: non ita molendini navalis. *Vid. omnino Struv. in Synt. Jur. feud. cap. 6. aph. 11. n. 6. p. m. 199.*

SED UT SPECIES] Accedit quod duplex quoque possit esse pecuniæ consideratio. Vel enim consideratur ejus substantia, & tunc spectat ad corpora; vel ejus valor seu quantitas & tunc corpori opponitur. Qui duplex respectus conjungitur eleganter *in l. 94. §. 1. ff. de solut.*

II. Vel incorporales, *incorporea, Gellio 5. 15. Græc. ἀσώματα*, quæ tangi nequeunt. §. 2. *Instit. h. t. l. 1. §. 1. de R. D. seu quæ in jure consistunt, ut servitus, hereditas, obligatio; vel in facto, ut possessio. l. 1. §. 1. de adq. poss.* * *& hinc dicuntur intellectu percipi, non quasi sint entia rationis, & extra intellectum non entia: sed oppositive ad sensum externum; atque res corporales, quatenus sunt quidem revera etiam extra intellectum: sed sine corpore, & tangi nequeunt.*

Res incorporales intellectu percipiuntur.

AD THES. II.

ENTIA RATIONIS] Ridetur in hoc passu VVesenbecius a Bachovio & Vinnio, quod res incorporales dicat entia rationis. Si vero hypothesin JCtorum veterum, quorum plerique Stoici fuerunt, adspiciamus, sententia ea non adeo est ridenda. Hi quippe omne illud quod non erat corpus pro non ente habebant. *Vid. Hub. digress. l. 4. c. 3. Lips. introd. ad Physiol. Stoic. lib. 2. dissert. 4. p. m. 144. seqq.*

III. In hoc numero est servitus; *qua non intelligitur species aliqua ejus, de qua Disput. 1. actum. Est enim terminus æquivocus.* Sed quæ est jus, *seu qualitas moralis, aut conditio rei. L. 23. § 2. de S. P. R.* *. *Alii definiunt per privationem: sed fortassis incommode. Non enim se habent ut habitus & privatio; nonnulla datur pri-*

Servitus non est privatio.

privatio, quæ alteri subjecto conferat habitum, quemadmodum servitutes. arg. l. 20. §. 1. de A. R. D. l. 86. de V. S. neque semper tollit formam in subjecto serviente, quæ est libertas re sua utendi, ut maxime enim cogaris pati, ut alius eat, agat, vehat in tuo, tamen non tollitur libertas tua idem faciendi. Sed ut facultas moralis activa & passiva. Adeoque iter v. g. est potentia moralis activa eundi, in prædio dominante, passiva, in fundo serviente. in re l. 12. ff. quemadm. serv. am. §. 2. Inst. de usufr. aliena, *quia res propria nemini servit. l. 26. de S. U. P. l. 33. §. ult. de S. R. P. l. 5. pr. ff. si usufr. pet. ad alterius utilitatem l. 15. pr. ff. de servit. saltem speratam, etsi nondum præsentem l. 19. ff. de servit. l. 55. usufr. Itaque plenius sic distinguo: Aut servitus absolute, & omni tempore inutilis est, & non recte constituitur. l. quoties. 15. de servitut. l. 5. §. 1. de S. P. R. l. sicut 8. §. pen. ff. Si ser. vind. l. si ædes. 38. & l. seq. ff. de S. P. U. Aut utilis esse potest, inutilis autem est personæ, & valet impositio. Ita intelligendus Labeo l. pen. de servit. ibi: quamvis ea nobis utilia non sunt. Aut servitus ab initio utilis fuit, sed postea inutilis effecta, nihilominus conservatur, sive spes sit eam utilem futuram sive minus. Aut ab initio fuit inutilis, sed quandoque utilis futura, & recte constituitur, atque statim inducitur. l. 2. qui ædificium 22. & l. seq. de serv. præ. urb. l. Labeo 10. S. P. R. l. ult. si ser. vind. l. 98. de V. O. Notandum tamen, quod sub utilitate & amœnitas comprehendatur, ut in servitute prospectus, in qua nihil nisi gratia inest. l. 15. & S. U. P. l. 22. de aq. & aq. l. 3. §. nec non illud. ff. de in rem. vers. l. 16. vers. sed si amœnitas ff. Quod vi aut clam. l. statua. 41. pr. ff. de usufr.* constitutum, *quo dominus prædii cogitur aliquid in suo pati, aut non facere l. 15. §. fin. ff. de servit. l. ult. §. ult. ff. de contr. emt. Nulla autem datur servitus, quo cogar in meo quid facere, ne oneris ferendi quidem, vide aph. 11.* Res propria nemini servit.

AD THES. III.

SIVE SPES SIT EAM UTILEM FUTURAM] Si textum Juris addidisset Auctor, crederem. Finge: Cujus ædes depressas habet, vicinos, a dexteris Titium, cujus ædes altæ, a sinistris Sempronium, cujus ædes etiam depressæ: Sempronius altius ædificare vult, hæc ædificatio, quia incommodum afferebat Titio, ideo per pactum inter Titium & Sempronium

constituitur Titio in ædibus Sempronii servitus altius non tollendi. Hæc servitus, quam diu intermedius Cajus ædes suas altius non extruit, utilitatem habet, adeoque subsistit (*vid.* quæ de vicinitate prædiorum dicuntur *in th.* 5.) Quid si vero Cajus, cui lex nulla imposita, ædes suas in altum tollat? Servitus Sempronii nullum usum amplius præbet Titio. Durum itaque foret, si Titius Sempronium adigere vellet, ne ædes suas propter servitutis pactum ne quidem ad altitudinem ædium Caji tollat, præprimis si non speretur hanc servitutem unquam utilem futuram. Imo quid si etiam utilitas iterum futura speretur, v. g. si ædes Caji aliquando corruerint, tamen, si Sempronius Titio caveat idonee, se hoc, aut simili casu eveniente ædes suas iterum velle deprimere, caussam non video, cur Sempronio, ob solam Titii invidiam, libertate sua uti non liceret. Dicendum tamen forte; distinguendum esse inter servitutes, quæ consistunt in non faciendo, & quæ in faciendo, ita ut, etsi in illis per dicta non procedat Auctoris sententia; tamen in his, v. g. in servitute itineris, ut scilicet, si e. g. hæc servitus, ob circumstantiam quandam, fiat inutilis, tamen propterea non extinguatur, sed impedimento utilitatis iterum sublato, perinde, ut antea, exerceatur. Clarius exemplum proponitur *in l. 35. ff. de servit. præd. rust.* Quam opinionem si in mente habuit Auctor, uti videtur habuisse (*Conf. th. 9. in fin.*) consentio.

IV. Estque vel realis, vel personalis. *l. 1. ff. servit. l. 20. §. ult. de S. R. P.* * *nulla mixta, quam Dd. veteres posuere, dum personalem accipiunt de ea, quæ ex statu hominum competit. Sed oportet genus accipi non ambigue. Realem, quæ rei servit. Mixtam, quæ vel res personæ servit, quæ in jure personalis dicitur: vel persona rei: sed hæc plane non est servitus: sed obligatio personalis, ut in l. 17. de cond. & dem. l. 17. de alim. & cib. l. 44. de manum. test.*

Non datur servitus mixta.

AD THES. IV.

SED *OPORTET GENUS*] Servitus dividitur vel respectu subjecti *serbientis*, in *personalem*, quando persona servit, & hæc servitus est simplex: tantum enim persona servit personæ, non rei, & de hac actum *disput. 1.* & *realem*, quando res servit. Et hæc realis iterum respectu subjecti *dominantis* est duplex; vel *realis*, quando res rei servit, de qua agitur hic *a th. 5. usque ad 18.* vel *personalis*, quando res personæ servit, de qua agitur *à 19. & seqq.*

V. Realis, quam prædium, *sine enim prædio constitui nulla potest. l. 1. § ult. ff. commun. præd.* * *promitti tamen, imo & constitui, quoad actum primum, si prædium futurum speretur. l. 23. §. 1. ff. de ser-*

Sine prædio nulla servitus constitui, sed promitti potest.

Digitized by Google

servit. urb. l. Labeo. 10. ff. de S. P. R. prædio *vicino, siquidem locus intermedius, servitutis usum impediturus sit. Cæteroquin vicinitas prædiorum nec rusticorum exigitur. l. 17. §. pen. ff. de servit.* debet.

AD THES. V.

VICINITAS PRÆDIORUM, NEC RUSTICORUM.] Scilicet vicinitas vulgaris, quod prædia debeant esse contigua. De prædiis urban. modo exemplum dedimus.

VI. Et hæc, *pro ratione prædiorum, quibus debetur*, est vel rustica, vel urbana. *§. 3. Instit. de servit.* * *Hinc fit, ut una eademque servitus modo rustici prædii, modo urbani dicatur l. 2. de S. U. P. l. 2. de S. R. P. Item l. 1. pr. ff. de S. R. P. & l. 20. §. 1. ff. de S. U. P.* * *Cum itaque hæc sit accidentalis differentia, non est absurdum, unam eandemque specie servitutem, & ejusdem plane essentiæ, modo esse rusticam, modo urbanam. Quæ autem prædia rustica, quæ urbana censenda, ex usu, cujus gratia habentur, judicandum. l. 16. C. de præd. & al. reb. min. l. 198. de V. S. ut quæ habitandi, mercandi, merendi causa sunt, urbana æstimentur; quæ fructuum colligendorum, agrorum colendorum, pecoris recipiendi gratia, rustica. Non obstat vexata l. 4. π. in quib. caus. pig. ubi stabula extra continentia ædificia dicuntur non urbana, non quod quæ in continentibus, hoc ipso, sint urbana, adeoque a loco differentia sumenda: Sed quatenus eorum, quæ extra, usus quoque est rusticus. Dicit enim Neratius stabula, quæ extra continentia sunt, non esse prædia urbana, non quatenus extra continentia sunt: sed, quia ideo, quod extra continentia sunt, usum non nisi rusticum præbent. Etsi enim stabulum ædibus junctum per se prædiis urbanis annumerari non possit, propter usum rusticum: Tamen ædium merito quibus accedit, urbanis prædiis annumeratur, Pacius ad rubr. Inst. de servit. præd.*

Differentia inter servitutem urbanam & rusticam est accidentalis.

Usus prædia rustica vel urbana facit.

Expl. l. 4. π. in quib. caus. pign.

AD THES. VI.

NON OBST. VEXATA L. IV.] *Add. omnino Struv. exerc. 13. th. 6.*

VII. Rusticorum servitutes sunt, iter, actus, via *pr. h. t.* Iter est jus eundi, *sive peditis, sive equitis, & lectica quoque & sella, l. 7. l. 12. de S. R. P. per vicinum ad prædium suum, fructuum causa. Facit L. 8. de serv.* ambulandi, *animi aut sanitatis gratia: sed tantum per consequentiam itineris*, hominis, non etiam jumentum agen-

agendi, vel vehiculum *l. 1. ff. de S. R. P.* Actus est jus agendi jumentum, vel vehiculum. *pr. Instit. de servit. l. 1. ff. eod.* * *Et modo plenius continet jus, vehiculum, & jumentum pariter agendi l. 7. & l. 12. ff. de S. R. P. modo minus plenum, vel propter conventionem partium, vel qualitatem loci angustioris. l. 13. ff. de servit.* * *Qui autem actum habet, & iter habet, eoque etiam sine jumento uti potest, quia actui iter inest. d. pr. & l. 1. non tamen ut separata servitus l. 9. in fin. ff. de Nov. Sed tanquam pars totius, ideoque exceptione rei judicatæ non removetur, qui post iter petit actum. l. 11. §. 6. de Except. R. I.* Via est Jus eundi, *avehendi; vehundi malit Hotoman. & Grot. flor. spars. nec non Wesenbec. auctoritate Varronis. Nec non per l. si tam 13. ff. de servit. qua probatur, quod vehes sit via proprium. Et si via nihil esset aliud, nisi jus eundi & agendi, non contineretur jus ferendæ hastæ, sed nihil muto. Via enim ceu totum continet partes suas iter & actum, adeoque jus & eundi, & agendi vehiculum seu vehundi Nec aliter Basilica. Et Theophilus* δίκαιον τῦ ἐμὲ πορεύεσθαι: *Glossæ veteres;* βία, τὸ βαδίζειν μὲν (*lege,* με) δι' ἀλλοτρίυ ἄγειν, μετὰ ὑποζυγίυ, *non distinguentes viam ab actu. Nec melius Theoph. qui jus ambulandi omittit.* Βία ἐςὶ δίκαιον τῦ ἐμὲ πορεύεσθαι καὶ ἔχειν καὶ ὑποζύγιον. *Et fors mendum est insuper in* τῷ ἔχειν. *Quin enim jumentum habere, ad viam? An legendum* ἄγειν, *quod Basilicis* ἐλαύνειν. *Non autem qui viam habet, tantum habet, quæ & itinere & actu comprehenduntur: Sed & quidquid in via publica agere, trudere, trahere, gestare licet. Etsi neque eundi, neque agendi verbo, ut male Alb. Gent. 1. lect. 4. ea continentur. Vide Robert. 4. sent. 5. Nam & lapidem, aut tignum trahere potest, & hastam rectam ferre. l. 7. ff. de S. P. R. Ita enim gestasse hastas militem Romanum, adhuc marmora docent. Quod propter spacii angustiam non licet in itinere & actu, ne fructibus noceatur. Vide Cujac. in Part. ad d. L. 7. Scalig. Epi. 183. Radulph. Forn. rer. quot. 1. 29.* & agendi & ambulandi hominis. *Latitudo ex L. 12. Tabb. in porrectum octo pedes, in amfractum XVI. l. 8. de S. P. R. Varro 6. de LL. num. 2. Actus autem & itineris ea est latitudo, quæ demonstrata, quod si nihil dictum, hoc ab arbitrio statuendum. l. 13. §. 2. 3. d. t. Fo-*

Actui quomodo iter est?

Qui viam habet, quid habeat.

Gestare hastas.

Latitudo viæ ex L. 12. tabb.

Fo

sto tamen iter, inter vicinos, quatuor pedum latum dicitur. Actus Servio 4. Æn. via duplicata. Jure Sax. iter trium pedum esse debet. Weichb. *art. 120. Latitudo autem actus & via eadem est hoc jure, qua civili.* Weichb. *art. 129.* Landr. *2. art. 59.* Ein Weg ist/ darauff man mit einem Wagen fahren kan/eine Strasse/darauff man Viehe treibet/ *iter*, darauff man reiten kan. *gl. ad art. 27.* Landr. *lib. 2. Et sic de via respondit Scab. Lips. anno 1564.*

Latitudo itineris, actus & viæ Jure Sax. quænam?

AD THES. VII.

IS ITER HABET) Nisi expresse aliud convenerit, nec obst. *l. 4. §. 1. ff. si servitus vindicetur.*

CONTINET PARTES SUAS ITER ET ACTUM] Ita ut si unum horum desit, via non maneat, secus ac in actu, per dicta *not. praced.*

IIX. Item aquæ ductus. *pr. Inst. h. t.* jus ducendæ aquæ per fundum alienum. *pr. Inst. l. 1. pr. ff. de S. R. P. Glossa:* τῃ ἐλάσει *μὲν* (*lege*, μὲν; *Inepte Barthius lib. 1. c. 1. advers.* ἐμὸν.) ὕδωρ δι' ἀλλοτρίου ἀγροῦ. * *Ducitur autem fistulis. l. 18. ff. de S. V. P. vel rivo. l. 11. §. fin. ff. com. præd.* * *quod ex quocunque loco constitui potest. l. 9. ff. de S. R. modo perpetuam causam habeat. l. 28. de S. U. P. l. 1. §. 5. de acq. cot. quam omnes servitutes requirunt. l. 28. §. 1. de S. U. P. Intelligitur autem per causam illud, quod perpetuam causatur utilitatem prædio dominanti, seu facit, ut quis possit perpetuo servitute uti, semper natura vel concedente, ut ait Giphan. ad l. 2. C. h. t. Talis est fons aqueductui, haustui, appulsui: Lumen, luminum juri & prospectui; calcis arena sufficientia juri coquendi, fodiendi eas. Pluvia, stillicidio, flumini. Etsi enim non assidue pluit, pluvia tamen causam habet naturalem, quæ nunquam deficit, & semper agit eodem modo, ideo pluvia recte perpetua, quamvis non continua, habetur. Junge Aristot. 1. post. anal. 7. per. l. foramen. 28. de* [illegible] *U. P. In qua tamen non negat Paulus jus proluendi pavimenti servitutem non esse, vel non esse realem, ut quidam Interpp. qui personalem admittunt; Sed negat duntaxat, quod sit servitus fluminis. Nam causa, ob quam quæritur hoc jus, non minus perpetua est, facultas exonerandi, purgandi cœnaculum, quam eundi, agendi, hauriendi aquam, immittendive fumum vel aquam, qualis servitus prædialis datur l. 8. §.*

Jus aquæ ducendæ.

Aqua quomodo ducatur.

Omnes servitutes requirunt perpetuam causam.

causa quid?

Pluvia est causa perpetua, licet non continua.

5. si serv. vind. Aliud est usus aquæ, qui, ut omnis usus, personalis, l. pen. ff. de R. S. Non deest ergo servituti proluendi pavimentum perpetuitas causæ, ut sit talis servitus: sed deest ei perpetuitas fluendi, quo minus esse possit servitus fluminis. Sed si aqua nondum appareat, an possit constitui servitus aquæductus. Negare videtur Labeo. l. ult. Si serv. vind. & affirmare idem, l. 10. ff. de serv. P. R. Respondeo: Quæstio erat, an recte cederetur servitus ejus aquæ ducendæ, quæ nondum appareat: Distinguit Labeo duos casus, alter est, si quis simul cedat jus & aquam quærendi, & inventam ducendi, quam servitutem, recte constitui affirmat, d. l. Labeo. Servitus enim recte constituitur ad futuram utilitatem. Alter est, si simpliciter actum sit de aqua ducenda: Quæ servitus constitui nequit. Impossibile enim est, aquam nondum apparentem ducere; nisi simul eam aquam quærendi & inveniendi facultas concedatur. Non enim cesso jure aquæ ducendæ, per hoc intelligitur tributum jus aquam quærendi. Aquæ haustus. §. 2. Inst. l. 2. §. ult. l. 3. §. 3. de S. R. jus hauriendi aquam ex flumine, fonte, puteo privato. * Cui & iter ad hauriendum inest. l. 3. §. fin. de S. P. R. Et Pecoris ad aquam alterius privati appulsus, aquandi causa. d. l. 1. §. 1. l. 4. de S. R. * Quod si plura; quam conventum est, pecora ad aquam appellantur, prohiberi, quæ ultra numerum sunt, possunt, l. 1. §. 18. ff. de aq. cott. * Si vero fons exaruerit, an servitus appellendi pecora ad illum amittitur? N. l. 35. de S. R. P.

Servitus proluendi etiam perpetuam causam habet.

Conc. l. l. ult. §. 2. si serv. vind. & l. 10. de S. P. R.

Pecoris ad aquam se. privati, alterius appulsus.

AD THES. IIX.

NON NEGAT PAULUS] Imo si d. l. 28. accuratius inspicias, revera negat. Huc enim faciunt verba: neque tempore acquiri placuit; item, neque enim perpetuam causam habet, junctis sequent: omnes autem servitutes perpetuam causam habere debent. Verum enim vero, inquit Groenw. ad d. l. 28. cum hodie non spongiis madefactis ut olim extergi l. 12. §. 22. ff. de instr. & instr. legat; sed prout nostratium (Batavorum) summa est in expurgandis ædibus munditiei; scopis & magna aquarum copia pavimenta ablui soleant, & multo major ac frequentior sit apud nos ea aquarum colluvies, quæ manu fit, quam quæ ex cœlo cadit, consequens est, ut hoc qualecunque fit, minus jus ad instar tamen servitutis cloacæ, explosa Romani juris scrupulosa subtilitate, actione Prætoris confirmandum sit ei, qui hoc legitimo tempore possedit arg. l. 1. in fin. ff. comm. præd. Rem ipsam de abroga-

cio-

tione d. l. 25. probo (*add. Auctorem hic, Du. Schilter. exerc. 18. th. 16.*) rationem vero Groenwegii, quod Romani solum spongiis extersériot pavimenta, quamvis extersionis mentio fiat *in d. l. 12.* improbo. Paulus enim *in d. l. 18.* per verba: proluendi pavimenti causa, extersionem illam haud dubie non respexit, sed ablutionem hodiernæ non absimilem.

ALTER EST] Si ergo hunc alterum casum intellexit Labeo *in d. l. ult.* uti verosimile est ob *d. l. 16.* sane Paulus *in d. l. ult.* male sententiam Labeonis falsitatis arguit. Cæterum *in d. l. ult.* quid per *iter ductus* intelligatur, nescio. Nam *iter* quidem ad *hauriendum* solet constitui, *l. 3. §. fin. de S. P. R.* sed non video, quomodo ad ductum. Præterea & hoc modo sensus verborum nimis esset dispersus. An forte legendum: *ejus interim ductus?*

IX. Similiter jus pascendi. *d. §. 2. Ergo servitute non constituta, pascere in alieno non potes. Fornan. disp. 10. th. 10. lit. C. per. l. 1. 2. 3. C. de pasc. pub. & pr. Nam herbæ agri mei meæ sunt. l. 9. l. 7. §. ult. ff. de A. R. D. l. 49. §. 1. ff. de R. V. Iure tamen feudali iter faciens, equum suum pascere potest, etiam in alieno. C. siquis quicunque de pac. tenend. Secus de jure Sax. 2. art. 39. & 68. Et hoc jure constituto, ex certo tempore, dominus fundi ante illud pecora sua ibi pascere non prohibetur. Berl. decis. 201. Et qui jus pascendi oves habet, non potest agrum locare bubulcis Polonicis ad pascendos boves. Du. Carpzov. decis. 146. Quid si jus pascendi habetur certo numero, an quelli excludendi? Anniculos non excludi Manzius q. 27. n. 10. tradit. Iure Saxon. nemo paterfam. suo pecori proprium pastorem conducere potest, nisi ad minimum tres mansos possideat. 2.* LandR. *54 Et ita responderunt ICti Acad. Lips. 10. Iulii 1627. Antonio Sommern civ. Lipsiensi; D. Golnitio sententiam concipiente. Confer Du. Carpz. Iurispr. For. c. 41. 7.* Calcis coquendæ, *in alieno l. 1. §. pen. l. 5. §. 1. ff. de S. R. P. quatenus opus est ad fundum dominantem. l. 5. in fin. ff. & 1.* Arenæ fodiendæ, cretæ, lapidisque eximendi, ligna secandi, uvas premendi & similes. *Sed hæ servitutes reales degenerare possunt, ita ut fiant personales. l. 4. §. 3. de alim. & cib. leg. l. 5. & 6. de S. P. R.* Servitutes reales degenerare possunt in personales.

AD THESIN IX.

SECUS DE JURE SAXONICO] Atqui *art. 68. lib. 2.* Landr. idem disponit, quod

quod in *cap. quicunque de pace tenenda habetur*; Neque contrariatur Juri Feudali *art. 39. eod.* utpote qui loquitur de satis, dictum vero capitulum de herba & viridi sylva. *Conf. Felton. de inclusione animal. c. 15.*

X. Servitutes urbanæ, quæ debentur prædio urbano, ut ædificium amplius & commodius domino fiat. *Amplius facit* oneris ferendi & tigni. Illa vicini paries aut columna sustinet ædificii nostri onera. *l. 2. l. 33. h. t. l. 6. §. 2. si serv. vind. quam plerique degenerare a natura reliquarum servitutum hactenus censent, quod dominus in suo cogatur quid facere, nempe parietem servum reficere. Sed nihil singulare. Nam essentia hujus quoque, non in faciendo, sed patiendo similiter consistit, ut vicinus patiatur incumbere suo onus alienum. Quod vero cogatur parietem reficere. l. 6. §. 2. si serv. vind. in eo non consistit servitutis essentia; Sed supervenit servituti jam constitutæ, & facit ne semel constituta amittatur. Quamvis hoc ægre, a ICtis admissum fuisse, ut dominus servi parietis cogeretur reficere, apparet ex d. l. 6. §. 2. Et ita tamen admissum, ut non præcise cogi, sed rem derelinquere possit. d. §. 2. Vide Cerras. ad l. 1. de servitut. urb. num. 71.* Fultura autem ædificii, dum paries reficitur ad prædium dominans pertinet. l. 8. pr. ff. si servit. vind.*

Servitutis oneris ferendi essentia etiam in patiendo consistit. Contra quam plerique existimant.

AD THES. X.

SED NIHIL SINGULARE] Scil. ratione naturæ servitutis hujus. Est tamen omnino singulare quid ratione adjuncti, ut ita dicam, cum in reliquis servitutibus omnibus refectio ad eum pertineat, qui sibi servitutem asserit *d. l. 6. §. 2.*

XI. Servitus tigni est vel immittendi, vel projiciendi. Illa est, ut vicinus patiatur tignum in suum parietem immitti, vel immissum haberi, quod ibi requiescat. *§. 1. Inst. de servit. l. 2. h. t. l. 6. l. 8. §. 1. ff. de S. P. U. l. 242. de V. S.* Projiciendi, ut patiaris aliquid immitti ita in tuum, quod longius provehatur, nec in tuo requiescat *d. l. 242. de V. S. l. 17. in pr. si serv. vin.** Et si quidem sit protegendi tui causa, dicitur servitus protegendi, vel protectus. *2. ff. de S. U.*

Servitus protectus.

AD THES. XI.

NEC IN TUO REQUIESCAT] Etiam intellige *d. l. 242. §. 1. ff. de V. S.* quæ dicit

dicit projectum NVSQVAM requiescere, scil. in suo, nam in pariete meo utique requiescit; nisi dicere velis, nec hic requiescere, sed parieti saltem adjunctum esse. Quid vero est, quod servitute projiciendi opus habeamus, cum tamen projectum in fundo vicini non requiescat, sed in re mea? Sane res propria nemini servit. Respondeo, quia immittitur, ut Auctoris verbis utar, aliquid in tuum *l. 20. pr. ff. de S. U.* (*non ob ft. d. l. 241. §. 1. de V. S.* Non enim novum est, quod verba res distinctas significantia promiscue usurpentur *arg. §. 5. Inst. quib. mod. testam. infirm.*) scil. in tuum aërem, nam in fundum certum est non immitti, quia in eo non requiescit.

PROTEGENDI CAUSA) Quod fit per suggrundia, die Wetter-Dächer. Projectus ergo servitutem posses stricte usurpare de meniaiis. *Conf. Struv. exerc. 13. th. 11.*

XII. *Commodius fit ædificium dominans, si vel novam commoditatem acquirimus, vel præsentem retinemus. Illud contingit jam exonerando aquam & fumum.* Servitus aquæ est vel stillicidii, vel fluminis. *Hac aquam pluviam per tectum nostrum, vel etiam ex imo loco, ut ex Varrone monet Gipb. hic ad §. 1. in canalem collectam in alienum avertimus. l. 20. §. pen. de S. P. U.* Utraque duplex avertendi, *qua & immittendi appellatur passim, idque ex parte prædii dominantis, recipiendi autem vel excipiendi ex parte servientis;* & non avertendi *ex parte prædii servientis, quæ & non recipiendi dicitur respectu dominantis. Hac posterior intelligitur, quando ego meum stillicidium ex quo loco alias naturaliter cadebat, in gratiam vicini collectum, per canales aut fistulas cogor recipere in meum, a loco pristino, vel retro ducere ut in meo magis incipiat cadere, ut loquitur ICtus in l. 20. §. 5. ff. de S. P. U. Sic enim naturalis libertas prædii mei restringitur, dum facere non possum, ut cadat stillicidium secundum naturam ædificii. Et plane a re aliena communis ista Capella est explicatio, intendentis sibi jus esse, ut ne stillicidium in cisternam suam immittas. Omnibus enim juris nostri locis, ubi de servitute aquæ pluviæ, apparet istam non quæri, ut prædio dominanti prosit, sed ne noceat. l. 1. §. 21. ff. de aq. & aq. plu. Et l. 2. §. 5. in f. eod. dicitur, neminem cogi posse actione aquæ pluviæ, ut vicino prosit. Iam vero ut se in agro habet actio aquæ pluviæ, ita in ædificio actio negatoria stillicidiorum & fluminum ex l. 1. §. item. 17.* Servitus stillicid. vel flum. non avertendi.

 de

de aq. pluv. *Avertendi autem seu recipiendi est, quando tu stillicidium meum cogeris recipere, in tuo tecto, vel area.* *Prioris intentio est: Ajo mihi jus esse, ut tuum stillicidium in tuum retro ducas: Posterioris: Ajo mihi jus esse, ut meum stillicidium in tuo recipias. l. 2. h. t. & §. 1. Inst.* Servitus fumi est, ut vicinus patiatur ex nostro fumum in suum immitti. *d. l. 8. §. 5. si serv. vind. Ubi de taberna casearia, de qua Columella lib. 7.*

AD THES. XII.

ET NON AVERTENDI] Quid per servitutem stillicidii, aut fluminis non avertendi, seu non recipiendi in jure nostro intelligatur, variæ variorum sunt opiniones, quas vide collectas apud Huber. *ad Inst. de servitut. th. 4. p. 113.* Communis est explicatio Cepollæ, quod scil. servitus stillicidii recipiendi consistat in patiendo, si nimirum dominus fundi cogatur pati, ut stillicidium vicini sui in aream ipsius cadat: Altera vero servitus stillicidii non recipiendi consistat in non faciendo, ut scil. dominus fundi, qui alias illud stillicidium, quod ex naturali casu in fundum vicini cecidisset, poterat per fistulas avertere, constituta servitute; amplius avertere non possit, sed permittere debeat, ut stillicidium in vicini cisternam, vel hortum, decidat. Eadem est ratio fluminis recipiendi & non recipiendi. *Vid. Huber. d. l. Struv. exerc. 13. th. 15. & 16.* Singularem opinionem hac thesi circa explicationem servitutis hujus fovet Auctor noster, Cepollæque explicationem destruere conatur. Sed initio Auctoris explicatio, tum aperte est contra *l. 15. §. 1. ff. de servit.* quia dominum fundi servientis onerat, ut aliquid faciat, tum *per adduct. l. 20. §. 5. de S. P. U.* nullo modo probatur, utpote qui §. integer loquitur de servitute stillicidii avertendi, & quid dominus fundi dominantis, vi hujus servitutis, in suo facere possit. Et quamvis ibidem dicatur: *retroduci posse stillicidium, quia in nostro potius cadat*; tamen exinde male infertur, ergo datur servitus, ubi vicinus retroducere *tenetur* stillicidium. Et si ergo concederemus ejusmodi pactum, quale proponit Auctor, cum vicino iniri posse; tamen hoc pactum mere personale erit, nequaquam servitus realis. *Conf. Dn. Schilt. exerc. 15. th. 15.* Deinde argumenta contra Cepollam (quamvis iis adhæreat Dn. Schilter. *d. l.*) nihil demonstrant, sed ad ea omnia una est responsio: Ab actione aquæ pluviæ, quæ ex dominio libertatis oritur *arg. l. 1. §. 17. ff. de aqu. & aqu. pluv.* (*Vid. omnino Comment. ad d. tit.*) adeoque ab actione negatoria ad servitutem stillicidii non recipiendi, & actionem, quæ exinde oritur, confessoriam N. V. C.

DE SERVITUTE AQUÆ PLUVIÆ] Atqui nullus textus tituli *de aqu. & aqu.*

Digitized by Google

aquæ pluv. agit de servitute aquæ pluv. nec actio aquæ pluv. uti dictum, ex servitute oritur, sed ex libertate.

ISTAM NON QVÆRI] Hoc quidem dicit textus *l. 1. §. 21.* Actione aquæ pluviæ ex libertate oriunda non posse me agere, ut alterius prædii aqua prædio meo prosit, exinde tamen non sequitur: ergo servitus non potest constitui, ut alterius aqua prosit meo prædio. Idem sensus est *l. 1. §. fi.* scil. neminem actione aquæ pluv. (quia scil. non ex servitute oritur) cogi posse, ut vicino prosit.

ITA IN ÆDIFICIO ACTIO NEGATORIA] Sed ab actione negatoria stillicidiorum ad actionem confessoriam ex servitute stillicidii non avertendi oriundam iterum N. V. C. Denique, quod saltem obiter dictum sit, inter actionem aquæ pluv. & actionem negator. stillicidii, ea est differentia, quod aliquando, etsi ab omni servitute per factum humanum imposita liber sit ager meus, tamen actio aquæ pluviæ non semper locum habeat, si aqua ex vicini agro mihi damno futura sit, si scil. damnum istud ex loci natura proveniat *l. 1. §. 14. ff. de aqu. & aqu. pluv.* Semper est enim servitus (quasi naturalis) inferiorum prædiorum, ut natura profluentem aquam excipiant. *Strub. exerc. 39. th. 33. n. 1.* At stillicidium, aut flumen, ex ædibus alterius, citra servitutem, nunquam recipere cogor, sed semper habeo actionem negatoriam, quia nimirum omnia ædificia sunt ex facto humano, adeoque casus nunquam est dabilis, quo loci natura (facto hominis opposita) mihi nocere possit.

FUMUM IN SUUM] Scil. in aërem, ex quo iterum aëris dominium probatur.

XIII. *Tum recipiendo aliquid e vicino prædio, veluti lumen, ut vel de novo præbeatur, vel quod jam nobis competit, non imminuatur. Luminis de novo præbendi causa constituta* Servitus luminum est, qua pati cogitur vicinus, vel in nostrum proprium, vel per communem, vel in suum parietem immitti fenestram, ut inde lumen hauriamus. *Et paries proprius jure quidem libertatis aperitur. l. 61. de R. I. l. 24. §. fin. de damn. inf. l. 26. eod. Sed ne dominus contra ædificando impediat libertatem, opus est servitute luminum. arg. l. 15. h. t.* * *Sed paries alienus, ne aperiri sint servitute quidem potest. l. 8. & 9. C. de servit.* * *Sin communis, quum nihil in eo liceat invito socio. l. 8. l. 26. h. t. nec socio consentiente servitus imponi potest, quia res sua nemini servire potest, neque ex toto, neque ex parte, l. 26. h. t. Res autem communis pro parte utriusque socii propria est pro indiviso, quatenus dominium sociorum totum*

Servitus luminum.

An, socio consentiente parieti communi a socio servitus imponi possit?

tum est in qualibet parte: Intelligi debet hæc servitus, non in pariete communi, sed per communem, in aream tertii. Ita intelligo *l. 40. h. t.*

AD THES. XIII.

SERVITUS LUMINUM EST] Confunditur servitus luminum cum servitute, ne luminibus officiatur. In pariete proprio constituo servitutem, ne vicinus contra ædificando luminibus officiat. *Conf. Auct. th. seq.* In pariete alieno, aut communi, servitutem luminum. *Conf. Huber. ad Inst. de servit. th. 5. p. 125.*

SERVITUTE LUMINUM ARG. L. XV. H. T.] Atqui expresse *d. l. 15.* loquitur de servitute, ne luminibus officiatur.

Servitus altius non tollendi; Servitus ne luminibus officiatur.

XIV. *Luminis, quod jam habetur, non minuendi gratia constituta sunt* Servitus altius non tollendi & ne luminibus officiatur. Illa est, qua vicinus ædes altius tollere non potest. *l. 1. l. 2. h. t.* Hæc, qua prohibetur vicinus quicquam facere, per quod in ædibus nostris luminibus officiatur, *l. 4. l. 15. h. t. quod minabatur P. Clodius se Posthumo facturum, ni domum suam sibi venderet. Cic. pro dom. Unde hæc illa longe plenior est. In hac enim quacunque ratione non licet imminuere lumina vicini, quod & deprimendo quandoque fieri potest. l. 17. §. 2. h. t. In illa sufficit, non obscurari lumina, per altius sublatum ædificium. Quod fecit Petronas ap. Zonaram, Theophilo, tom. 3. p. mihi 115. Arbores vero plantare, & viridaria super eam altitudinem habere quis potest. l. 11. h. t.* * *nec repugnat l. 4. h. t.*

AD THES. XIV.

HÆC ILLA LONGE PLENIOR EST] Certo respectu & servitus altius non tollendi poterit esse plenior servitute luminum, si v. g. ideo nolim vicinum altius tollere, ne aëris liber transitus ædificio meo superiori adimatur.

ARBORES VERO PLANTARE] Scilicet non obstante servitute altius non tollendi. Nam in servitute, ne luminibus officiatur, nec hæc fieri possunt *arg. l. 17. pr. ff. de S. P. U.*

NEC REPUGNAT L. IV. H. T.] verbis: *Cum autem servitus &c.* quasi scilicet inter servitutem altius non tollendi, & ne luminibus officiatur, nulla sit differentia, quæ est opinio Vinnii, cui respondetur ab Hubero *d. loc. Adde Strub. ex. 13. th. 13.*

XV.

XV. Differunt Servitus luminum, & ne luminibus officiatur, gradibus. *Nam qui luminum habet, quoque, ne luminibus officiatur. Quia respicit usum luminis necessarium, quem vicinus impedire non potest, etsi alias, eo salvo, possit aedificare: & hoc expresse agitur, ut vicinus lumina excipiat, & tacite ne illis officiat, in quantum necessarium. Qui vero servitutem debet, ne officiat, usum liberum luminis debet, quem nec aedificando, nec quocunque alio modo imminuere, vicino integrum est, & agitur expresse, ne luminibus officiat, tacite, in quantum sunt excepta & in posterum excipienda. l. 23. de S. P. U.*

Quae differentia inter servitutem luminum, & ne luminibus officiatur?

AD THES. XV.

ET IN POSTERUM EXCIPIENDA] Scil. si in pariete meo fenestras novas aperiam. Nam vicinus, vi servitutis, ne luminibus officiatur, non potest cogi, ut patiatur me novas fenestras in pariete suo aperire. Non enim, quemadmodum servitus luminum includit servitutem, ne luminibus officiatur, ita quoque servitus: ne luminibus officiatur, includit quoque servitutem luminum.

XVI. Pertinet huc servitus prospectus, quae plus continet, quam servitus luminibus non officiendi. *Eam enim debens non tantum lumina obscurare; sed & gratiorem & liberiorem prospectum impedire nequit. l. 16. h. t. sive is sit ex parte superiore, ut caelum videri possit: sive inferiori, ut arbores, nemora, viridaria circa domum possint. l. 16. h. t. Quare non licet deprimere porticum, si quis debeat prospectum vicino. Vide Fr. Nig. Cyriac. 1. contr. for. 28.*

Servitus prospectus.

AD THES. XVI.

SERVITUS PROSPECTUS] Quae iterum duplex: servitus prospiciendi, & ne prospectui officiatur §. 2. *Inst. de action. l. 15. ff. de S. P. U.* Quomodo autem hae duae species inter se differant, *Vid. Struv. d. exerc. 13. th. 14.*

XVII. *Praesentem commoditatem retinemus, vel augemus per servitutem altius tollendi.* Servitus altius tollendi est jus, quo vicinus pati cogitur, ut aedes nostras altius tollamus. *Quod, quum jure libertatis naturalis liceat unicuique magnam difficultatem parit, quo sensu servitus dicatur. Dicemus jure quidem libertatis quemvis posse altius tollere; non tamen contra formam & statum veterum aedificiorum. l. 1. C. de serv. l. 11. π. de serv. urb. pr. l. 1. C. de aedif. priv. Sext. Aurel. Victor Trajano, & sic invito vicino. l. fictus. 8. §. 5. π. si serv.*

Servitus altius tollendi quid?

serv. vind. Ergo, ut contra statum & formam veteris tui ædificii cumque damno vicini, illi officiendo, ædes tuas tollere queas, id non potes efficere nisi permittente vicino. Ut ergo permittat, servitus ei imponenda est, ut patiatur cum damno ædium suarum id fieri suisque a te luminibus obstrui. Id enim nisi ab eo impetras, vel opus novum nunciando te impediet, vel contra ædificabit *Ioh. Fab. ad §. aque. Inst. de act. Baro, Duaren. Iac. Godofr. ad l. 61. de R. I.*

Servitus altius tollendi, & officiendi luminibus.

AD THES. XVII.

DICEMUS JURE QUIDEM LIBERTATIS] Sententiam *Auctoris* latius explicat D. Schilter. *exerc. 18. th. 8. & seq.* ubi docet, Jure Romano servitutem altius tollendi, & luminibus vicini officiendi esse unam eandemque. Cæterum Dn. Struv. *de ædific. privatis th. 31. & seqq.* & de jure Rom. putat licitum fuisse ædificia contra formam pristinam altius ædificare, legesque in contrarium ab Auctore adductas ad consuetudinem quorundam locorum specialem restringit *d. loc. th. 41.* Quicquid sit: moribus nostris etiam citra servitutem altius licebit tollere ædes, etiam in damnum vicini, modo id fiat absque æmulatione, uti videre est ex præjudicio a Struvio *d. loc. th. 34. allato.* Quo pacto distinctio servitutis altius tollendi & altius non tollendi, quam proponit Dn. Struv. *ex. 15. th. 12.* non erit incommoda, & melior omnino ea, quam ponit Dn. Carpz. *P. II. const. 41. def. 13. Conf. Dn. Schilter. d. loc. th. 12.*

XIIX. Constituuntur hæ servitutes *vel mediate* inter vivos pactionibus. *l. 5. pr. ff. de servit. junct. l. 3. pr. ff. de usufruct.* * *legitimis: arg. l. 6. de pact.* * *vel contractui in continenti adjectis l. 7. ff. de pact.* * *vel etiam pacto nudo, & stipulatione, mediante traditione, quasi vel determinato loco serviente, vel patientia fruendæ servitutis. l. 3. pr. ff. de usufr. l. 1. §. fin. ff. de S. R. P. l. 11. §. 1. de publ. in rem.* * *Quod & in realibus servitutibus requiritur, quæ, secus atque non nemo putat, sola promissione nec ipsæ constituuntur. l. 20. C. de pact. l. 3. de O. & A. Ideoque quasi traditione non accedente, non nisi actionem personalem adquirit is, cui promissum est. Immediate autem per quasi traditionem, & usum constituitur.* Adjudicatione, *in judicio fam. ercisc. aut com. divid. l. 22. §. 3. ff. fam. ercisc. l. 18. ff. com. div.*

Servitutes reales sola promissione non constituuntur.

AD THES. XIIX.

SECUS ATQUE NONNEMO PUTAT] Per nonneminem puto intelligi Habnium (cujus nomen dissimulare in dissentiendo Auctor noster solet, *vide not. ad disser. 3. th. 20.*) qui ad VVesemb. *de servit. n. 5. f. m. 343. seqq.* hanc opinionem fovet, ex illa ratione, quia ad traditionem servitutes reales solam patientiam requirant *l. ult. ff. de servit.* Jam autem si dominus fundi servientis permittat servitutem pure, hunc actum esse patientiam, ergo nihil requiri ulterius. Verum respondeo negando, quod promissio sit patientia. Non enim, qui permittit, se passurum esse, statim actu patitur, sed qui post promissionem mihi servitutis primum actum exercenti non contradicit. Usus itaque requiritur ad constituendam servitutem *arg. d. l. ult. ff. de servit.* Facit cum Habnio Bachov. *ad §. fin. Inst. de servit. arg. d. §. fin. verbis: Constituere pactionibus.* Cum Auctore faciunt Vinn. *ad d. §. Inst. Bac. in Aur. sell. 2. §. 37. p. 138.* aliique. Media mihi placet sententia distinguentium inter servitutes affirmativas, quæ ex parte prædii servientis requirunt patientiam, & factum ex parte prædii dominantis, quales sunt v. g. iter, actus, via, servitus luminum, stillicidii &c. & negativas, quæ ex parte prædii dominantis nullum factum requirunt, sed solum non factum ex parte prædii servientis, uti v. g. servitus, ne luminibus, ne prospectui, officiatur, altius non tollendi &c. Sed affirmativis promissio & constitutio non concurrunt *d. l. ult. de servit.* In negativis concurrunt *arg. §. ult. Inst. de servitut.* Conf. Schütz. *in comp. jur. de servit. p. m. 105. Strub. exerc. 13. th. 37.*

XIX. Sed & præscriptione, *seu longo usu. l. ult. C. de long. temp. præsc. Sed hic plenius est agendum: Et LL. quidem XII. tabb. servitutum neque usucapio erat, neque præscriptio. Loquuntur enim Decemviri de rebus soli & mobilibus. Et Cicero oratione pro Cæcinna negat ædes in LL. XII. comprehensas fuisse. Inde oportuit ut media Jurisprudentia usucapionem admiserit, quam Scribonius iterum antiquavit. l. 4. §. fin. ff. de usuc. & usurp. Ex ratione, quam adducit Paulus in l. servitutes 14. ff. de Servit. Igitur usque ad Justinianum neque poterant usucapi, neque longi temporis præscriptione adquiri, sed tamen longæ possessionis prærogativa l. 5. §. pen. ff. de itin. & act. pri. longi temporis consuetudine. l. 1. C. de servit. & aq. adeoque novo & extraordinario quodam modo, servitutibus proprio, non veram, sed quasi servitutem, non ipso jure, sed tuitione Prætoris. l. 1. in f. ff. de S. P. R. adquirebant. Quemadmodum adquirendi videntur*

Servitutes neque ad Justinianum neque usucapi neque longi temporis præscriptione acquiri poterant. Patientia JCtis quid?

ICti appellare, Patientiam. l. si ego. 11. §. de Publ. in rem. l. 1. §. ult. de S. P. R. Justinianus vero ut praescriberentur, effecit. l. ult. C. de long. temp. praescr. decem vel 20. annorum. *quod fit, si nec vi nec clam, nec precario servitute utaris, l. 10. si serv. vin. l. 1. in f. ff. de aq. & aq. pl. domino alterius praedii patiente, vel prohibitioni, qua in commodum praedii mei eum impedio, ne aliquid faciat in suo, adquiescente. Ad quam titulo non opus est, l. 10. pr. si ser. vind. Quia non vi, non clam, non precario possidere, est bonae fidei: Domino patiente vero, pro titulo cedit. Idque verum est, sive contra dominum, sive bonae fidei possessorem incboatur. Illic enim si adesset, statim servitus foret constituta. Quamvis dum non contradicit, incipit ejus consensus, qui vice tituli est, elici, seu servitus formari, & tandem decursu temporis confirmari. Hic, ubi contra bonae fidei possessorem inchoata est praescriptio cum eadem subsit ratio patientiae & praesumtae scientiae, neque hic titulo opus erit. Nam si titulum habens a bonae fidei possessore, recte servitutem praescribere potest, quia is bonae fidei possessor concessit, quur non & his, pro quo jus praesumit, bonae fidei possessorem concessisse? Sed quum patientiam pro titulo habemus, numquid opus & scientia domini? N. l. ult. C. de praes. long. temp. ibi: nulla scientia vel ignorantia. Quia ex lapsu praescripti temporis scientia praesumitur. Est enim hic quoque temporis effectus. Non obstat l. 2. C. de serv. & aq. Verbis; EO SCIENTE, ad factum propositum pertinentibus.*

Nec vi nec clam nec precario possidere est bonae fidei.

Sive contra dominum sive bonae fidei possessorem praescriptio servitutum inchoatur, titulo non est opus.

AD THES. XIX.

HIC PLENIUS AGENDUM.] Confer iterum Struvium *d. exerc. 13. th. 40.*

DECEM ET XX. ANNORUM] Jure Saxon. 30. annis, anno & die. *Vid. Nov. add. ad §. ult. Inst. de servit.*

PATIENTE VEL PROHIBITIONI] Usus & patientia sufficit in servitutibus affirmativis; prohibitio vero insuper necessaria est in negativis. Nam esti v. g. vicinus meus per 40. annos altius non aedificaverit aedes suas; per id tamen servitutem altius non tollendi haudquaquam usucepi, sed tum demum, si post prohibitionem meam aedificare cesset. *Adde Carpzov. P. II. const. IV. def. XIII.*

TITULO OPUS NON EST] Adde Struv. exerc. 13. th. 39. in fin. & in resolut. *ibid.*

XX.

XX. Vel ultima voluntate. *l. 16. com. præd. §. ult. Inst. de S. P. Quomodo constituta servitute, traditione, vel patientia opus non est: sed statim a morte testatoris ipso jure etiam ignoranti adquiritur. l. 19. §. 1. in fin. ff. quemadm. serv. am. junct. l. 15. ff. de leg. 2. & l. 64. in fin. ff. de furt.*

Ultima voluntate servitus ipso jure acquiritur.

XXI. Non vero ex die, vel sub conditione. *l. 4. ff. de servit. quia servitutes non, ut res corporales, sua adquisitione antiquiores sunt, sed simul: Hortens. §. si quis velit: Instit. de servit. Adde Iacob. Schultes qq pr. 51. per totum:* Neque ad diem vel conditionem. *d. l. 4. quia, postquam semel constituta sunt, prædiis cohærent, & cum his possideri intelliguntur, ut veluti prædium ad tempus dari non potest. l. 44. de O. & A. juncta. l. 16. §. 1. de V. O. ita & prædii qualitas: si tamen hæc fuerint adjecta, ex æquitate exceptio pacti, vel doli dabitur, si quis adversus fidem conventionis servitutem vindicet. d. l. 4.*

Quare servitutes neque ex die neque sub conditione constitui possunt? Et quare item nec ad diem vel conditionem.

XXII. Amittuntur servitutes, *vel ipso jure vel ope exceptionis. Iure, ex parte vel alteratione juris, & mutatione prædii. Alteratione juris* vel resolutione, si jus revocabile & temporarium illius, qui servitutem constituit, cesset *l. 11. §. ult. ff. quemadm. serv. am.*

XXIII. Vel Confusione, cum idem utriusque prædii totius, (*nam si pars tantum adquiratur, tota servitus retinetur. l. 8. §. 1. de serv.*) tam dominantis, quam servientis dominus esse cœpit. *Eadem ratio est prædii servientis fundo communi, si a sociis in commune redimatur. l. 27. de S. R. P. Quia par utriusque domini in utroque fundo jus esse incipit, dum intelligi non potest, quicquam interesse alterutrius, servitutem non exstingui, cum neuter fundus cujusquam sociorum proprius fuerit.*

Confusione servitus quomodo amittitur.

AD THES. XXIII.

CONFUSIONE] *Vid. Strub. exerc. 13. th. 54.*
L. XXVII. DE S. R. P.] Cui non obst. *l. 34. ff. eod. Vid. Franck. ad tit. ff. quemadm. servit. amitt. n. 10. & seqq.*

XXIV. *Mutatione qua fit*, interitu prædii servientis, *veluti si locus, per quem via, aut iter debebatur, impetu fluminis occupetur, & ita ex agro alveus factus sit. l. 14. h. t. l. 24. quib. mod. ususfruct. am. * vel dominantis. Servitus enim tanquam accidens, corrupto subjecto*

jecto salva manere nequit. Non obstat. l. 13. de S. R. P.

AD THES. XXIV.

VELUTI SI LOCUS] Quid si vero aqua ab isto loco iterum recesserit, aut prædia v. g. exusta iterum extructa fuerint, an tunc servitus pristina iterum reviviscet? *Vid. Strub. exerc. 13. th. 55.*

NON OBST. L. 13. de S. R. P.] Quia, ut ipse textus loquitur, tunc magis solo, quam vineis acquisita erat servitus, ergo, etsi vinea interierint, tamen solum remansit.

Remissione quomodo servitus amittatur?

XXV. *Ex facto domini amittitur servitus* Remissione & utendi intermissione. *Remissione, si is, ad quem servitus pertinet, vicino permittat, ut in prædio serviente aliquid faciat contrarium, aut aliud aliquid, quo facto serviens impediatur. l. 6. vers. possunt tamen l. 8. h. t. l. 32. de S. U. P.*

AD THES. XXV.

REMISSIONE] *Adde iterum Strub. exerc. 13. th. 56.*

Quis dicitur non uti?

XXVI. *Utendi intermissione quoque servitus amittitur. l. 6. de S. R. P. l. 10. §. 1. & seq. h. t. Non uti autem dicitur, qui per negligentiam non utitur, secus si per necessitatem. l. 34. cum l. seq. de S. R. P. l. 8 §. 4. si serv. vind. l. 9. §. pen. quod met. caus. l. 14. h. t. Hinc qui servitutem via debebat, ad annuatim transvehendum fœnum collectum, cum prata sua occlusisset, per annos tredecim, non videbatur impedivisse jus transvehendi habentes, quo minus, aperto post hoc tempus prato jure suo uterentur. Ita respondentibus Scabinis Lips. Thoming. manuali p. 9. & 10. Non amittit etiam, utens per alios. l. ult. C de serv. l. 5. l. 6. l. 12. l. 20. ff quem. serv. am.* sed amittit, qui utitur quidem, sed non ut servitute. l. ult. h. t. l. 1. §. 6. de it. act. priv.* vel non eo modo, quo servitus constituta. l. 18. h. t. l. 10. §. 2. cum l. seq. h. t.* Idq; quoad servitutes rusticas; in urbanis vero requiritur præterea ut, qui eas debet, per idem tempus libertatem usucapiat. *Quod fit, si quid positum sit suo, quo servitutis usus impeditur, dummodo illud immotum sit. Non ergo si arbor posita l. 7. de S. U. P. propter naturalem motum, ait ICtus. Intelligo motum, qui fit aëris impulsu, cum Duareno, secus atque Zoannet. 20. resolt. & Radulph. Forn. 2. rer. quot. 12. Ratio differentia, inter utrumque servitutum genus, quod rusticarum usus non aliter explicetur, quam ejus facto, cui debentur;*

Urbanæ servitutes solo non usu non amittuntur? Et quare?

ur-

urbanæ vero sola ejus, qui debet, patientia. Præter non usum igitur *facto opus est, quod argumentum sit interruptæ patientiæ. l. 6. π. de Ser. P. U.*

AD THES. XXVI.

UTENDI INTERMISSIONE] Sed quanto tempore? *Videatur Strub. d. l. th. 57.*

HINC QUI SERVITUTEM VIÆ] Tò *hinc* non videtur concludere. Distinguenda enim est necessitas, quæ me ad non utendum impulit. Aut enim oritur ex ineptudine rei, in qua servitutem exercere debeo, & tunc mihi non nocet *l. 34. §. 1. l. 35. ff. de S. P. R. l. 14. quemadm. servit. amitt.* Aut oritur ex facto domini prædii servientis (quale quoque est in proposito casu occluso prætorum) & tunc non utendo amitto servitutem. *l. 4. §. 27. de usucap. Conf. Strub. exerc. 13. th. 57.* Nec obstat (1) *l. 3. §. 4. ff. si servitus vindicetur* (2) *l. 9. §. pen. quod met. c.* Respondeo ad (1) a dolosa persvasione ad apertam prohibitionem N. V. C. Ad (2) respondeo: *L. 9. §. 7.* intelligendus non de amissione per non usum, sed de amissione per remissionem violenter extortam arg. verborum: *Sed esse per vim stipulanti promiserit.* Quod ergo præjudicium ipsum attinet ab Auctore adductum, ejus rationem in eo sitam esse arbitror, vel quod mores nostri in materia præscriptionum magis sequantur Jus Canonicum, quod & in præscriptione libertatis a servitutibus b. fidem requirit. *Vid. Strub. d. l.* vel quod Jure Saxon. per annos 13. nondum libertas fuerit usucapta, cum hoc jure trecennalis præscriptio in usu sit.

URBANÆ VERO SOLA EIUS] Procedit hoc equidem in servitutibus negativis, v. g. ne luminibus officiatur, item altius non tollendi, sed præter has *d. l. 6. de S. P. U.* etiam mentionem facit affirmativæ, scil. tigni immittendi, ad quam per dicta ad *th. 19.* etiam facto opus est, scil. tigni immissione. Ergo ratio ab Auctore allata universalis esse nequit, quamvis idem sentiat Dn. Struv. *exerc. 11. th. 58.* An ergo sic dicendum? In servitutibus rusticis ex parte prædii dominantis tantum facto opus est. In prædio serviente nihil immutatur, sed semper res in eodem statu manet. At in servitutibus affirmativis urbanis non solum factum ex parte prædii dominantis requiritur, v. g. tigni immissio, sed etiam, ut hoc factum exerceri possit, foramine contra naturam communem opus est in pariete servienti. Ergo quamvis servitute hac semel acquisita factum de immissio tigni omittatur, conservatur tamen servitus adhuc in foramine, tanquam in servitutis reliquiis.

XXVII. Denique ope exceptionis amittitur servitus, si ad tempus, vel conditionem servitus constituta fuerit, & tempus

pus illud adveniat, vel conditio existat. *l. 4. pr. de servit.*

XXIIX. Personarum servitus est, qua res personae servit, eaque triplex; Ususfructus, Usus, Habitatio. *Ususfructus vocabulum interdum significat commodum, usionis fruitionisque jure proprietatis competens; modo jus specificum a proprietate separatum.* Usufructus causalis. *Illum Dd. vocant causalem, quia cum Dominus plena proprietatis possit usumfr. alii constituere; nemo autem possit ad alium transferre, quod neque in potentia quidem habet, certe usumfructum in proprietate, seu sua causa latere oportet. Alterum vocant formalem, quod a* Formalis. *proprietate separatus, seu a potentia ad actum traductus, propriam atque specialem formam habeat. Non autem sunt species generis univoca, ususfructus, ut voluit Bach. ad Instit. Fibigius in collegio Frankiano, & Aurelius Galvanus: Sed sunt termini aequivoci, ut late probavi Exercitat. 5. ad Quinquaginta Decisiones. c. 1. Hic est, qui definitur,* jus, alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia, *pr. Inst. h. t.* qua verba ultima exhibent formale objecti utendi fruendi, nempe alienas res, quatenus fruendo salva manet substantia. Inde est, quod potissimum vero usufructui definitio competat, recte tamen in generis analogi definitione retinentur, quae potentioris speciei duntaxat sunt. Sed & suo modo quasi usufructui applicari possunt.*

AD THES. XXIIX.

TRIPLEX] Imo quadruplex. Addendae enim sunt operae servorum, de quibus Auctor hic *th. ult.*

XXIX. Estque vel verus, vel quasi. Quasi ususfructus *usque ad Ciceronis aetatem fuit incognitus: Ita enim Cicero ad Trebatium JCtum in Topicis; Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfr. legavit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis putare, id ad se pertinere. Usus enim non abusus legatus est. Nasci autem sub* Quasi usufr. sub Imp. nasci coepit. *Impp. coepit, & ut videtur, sub Augusto, cum ejus meminerit Nerva, atque Sabinus l. 3. l. 5. de usufr. ear. rer. quorum uterque floruit sub Tiberio* est illarum rerum, quarum usus consistit in abusu, *seu quarum substantia & proprietas naturaliter salva manere nequit, licet possit manere civiliter. Differt a vero usufr. potissimum, quod verus, non pars dominii, sed servitutis sit, ut loquitur Paulus in l. recte.*

ſte. 25. ff. de V. S. At quaſi uſusfructus non eſt pars ſervitutis, ſed dominii. Nam per eam proprietas plena abit in fructuarium. l. ſi viri. 7. ff. de uſufr. ear. rer. Inde eſt ſpecies quoque alienationis.

Quomodo differt a vero uſufr.

XXX. In vero uſufructu *videndum I.* Exercitium ejus, *quod* conſiſtit in commodis, ut fructus omnes ad fructuarium ſpectent, qui a ſe, vel ſuo nomine percepti. *l. 12. § 5. h. t. * Fructus enim quamdiu pendent pars fundi ſunt. l. 44. de R. V. Ut igitur fructuario adquirantur, & ad ejus heredes transmittantur, requiritur collectio & avectio. l. 13. h. t. H. Piſtoris, 1. q. 24. num. 16. Jure Saxon. fructus induſtriales, ex quo conſitus eſt ager, ad heredes tranſmittuntur.* Lande. *lib. 2. art. 58. Finckelth. obſ. 54. Dn. Carpz. 1. 5. 21. In vineis autem tum, ſi poſt diem Urbani uſufructuarius deceſſerit. H. Piſtor. 1. q. 24. num. 93 Agris autem poſt mortem uſufructuarii & Vaſalli conſitis, fructus quidem ad dominum ſpectant, expenſis tamen refuſis heredi, ex reſponſo JCtorum Scabinorum Lipſiæ, anno 61. menſe Junio. Thoming. Manuali p. 68.*

Fructus omnes ad fructuarium pertinent. Additur ratio.

AD THES. XXX.

AD EJUS HEREDES TRANSMITTANTUR] Auctor potiſſimum loquitur de fructibus naturalibus & induſtrialibus. Quid autem circa acquiſitionem fructuum civilium de Jure Civ. obtineat, vide apud Struv. ex. 12. th. 19. De Jure Saxonico decimæ, cenſus, aliique ſimiles penſiones ad heredes uſufructuarii tranſeunt, ſi intra 30. diem poſt mortem uſufructuarii dies ipſarum veniat, ut peti poſſint *P. III. conſt. 32. ibique Carpz.*

CONSITUS] Et raſtris ſubactus juxta vulgatam regulam: Was die Egge beſtrichen und die Hacke bedecket hat / folget dem Erbe.

XXXI. Deinde jus percipiendorum fructuum in alium transferre poteſt quolibet titulo. *l. 7. h. t. §. 1. Inſt. de uſ. & hab. * Non ergo transfert ipſum jus uſusfructus in quantum eſt ſervitus, ſed jure illo perſonali retento in effectu per alium fruitur, & jus potius uſurpandi transfert. Ex quo per mortem, vel alios modos amittendi uſumfructum in perſona fructuarii contingentes, & tertii quoque fruitio extinguitur. l. 8. §. 1. de per. & com. rei vend.*

Uſufructuarius Jus uſusfructus perſonale nunquam transfert, ſed jus uſurpandi.

AD THES. XXXI.

NON ERGO TRANSFERT IPSUM JUS] Breviter: dominium uſusfructus non transfert, ſed ejus exercitium.

XXXII. II. Onera, sunt tuitio rei fructuariæ, ut re tanquam paterfam. utatur; *nec causam proprietatis faciat deteriorem. l. 13. pr. & §. 4. h. t. in quem finem cautio interponi solet* & sartatectas res habeat; *non vero, si quæ vetustate ædificia corruissent, aut præter naturam suam damnum accepissent, præstare tenetur. d. l. 7. §. 3. h. t. & l. 7. C. h. t.* & tributorum & vectigalium solutio. *d. l. 7. §. 2. h. t. l. 28. de usuf. leg. l. 13. de imp. in res dot. l. 7. de publician. Etiam extra ordinem impositorum. d. l. 28. de usufr. leg. juncta l. fin. C. de mun. patrim. lib. 10. Vid. Dn. Carpz. 1. Resp. 105. Sic JCti Acad. Lips. 9. Julii. 1631. versus Franckenhausam. Et Jenenses mense Majo anno 1631. Non tamen debitorum vel legatorum solutio, etsi est omnium bonorum usufructuarius. Hinc fœmina usufructuaria omnium bonorum post mortem mariti relicta, non tenetur, nisi de annuis legatis. Debet tamen de bonis usufructuariis ante omnia detrahi, quantum pro solutione debitorum vel legatorum requiritur. l. usufr. 69. ad L. Falc. Vide Consult. Sax. 1. 105.*

Usufructuarius tributa & vectigalia solvit. Non tamen debita vel legata.

AD THES. XXXII.

NISI DE ANNUIS LEGATIS] Nam annua legata a quovis usufructuario esse præstanda communis Dd. sententia *arg. l. ult. §. sin autem & t. 4. C. de bonis, quæ lib.*

VIDE CONSULTATIONES SAXON.] *Adde Carpzov. lib. 1. Resp. 105. H. Pistor. P. 2. qu. 20.*

XXXIII. Constituitur ususfructus vel ab homine, vel lege. Ab homine *iterum* vel domino proprietatis plenæ, tum inter vivos, pactis & stipulationibus. §. 4. *Instit. de serv.* * *Quod de stipulationibus cum effectu, nempe per quasi traditionem consummatis intelligendum est.* quam per ultimas voluntates, *testamento, ubi tamen verba testatoris accurate expendenda monet H. Pistor. obs. 114. statim, etiam absque patientia heredis & usu legatarii. l. 19. §. 1. si quemadm. serv. am. Usufructu domus legato, cum onere, ne altius eam tollat adversarius, an voce ususfr. proprietas legata censeatur. Species hæc proponitur l. Proculus 19. ff. de usufr. Affirmant gloss. & Dd. quorum sententiam in lectionibus meis Academicis defendi, contra Ant. Pinel. Connan. Manticam, Eschbinzum, Wissenbachium, Arumæum, Treutlerum, A. Fab. Quia prohibitio, ne altius tollatur in fru-*

Ususfr. stipulationibus per quasi traditionem consummatis constituitur.

fructuario frustranea est, tum quia fructuarius servitutem fundo adquirere nequit. l. sed si. 15. §. 7. h. t. l. 44. Eod. Et in specie prohibetur altius tollere. l. si cujus. 13 §. sed si 7. h. t. Vide Bacchov. ad T. 2. vol. 1. Disp. 16. th. 15. lit. c. Vel judice, in judiciis divisoriis, *familiae erciscundae, communi dividundo; dum alteri usufr. alteri proprietas assignatur l. 6. §. 1. h. t. l. 16. §. 1. fam. ercisc. l. 6. §. pen. com. div. §. 4. & 5. de off. jud.* A lege, patri in bonis adventitiis filiifam. *l. 6. C. de bon. quae lib. §. 1. Inst. per quas pers. Nisi hac conditione filio quaesitis, ne usufr. patri adquiratur, ut si avus maternus nepotibus ex filia tutores dedit, adjecto, ut quae ex hereditate sua ad hos pervenirent, tutores in pupilli utilitatem converterent. P. Heig. p. 2. q. 12. Sic avus maternus potest prohibere, ne pater in legitima nepotum usumfr. habeat. Berlich. p. 1. decis. 137. Et hujus legitimae causa Curatores constituere, qui administrent in praejudicium Parentis. Id. decis. 139. ut tamen curatores teneantur Parenti quotannis rationem administrationis reddere, & cautionem praestare. Id decis. 141. Hunc usumfr. habet Pater jure potestatis, ideo matri non competit, ne jure quidem Saxonico, ut recte Scabini Lipsienses, Dn. Carpzov. 2. 10. 13. Et 6. Resp. 70. quorum sententiam confirmavit Elector Saxoniae decisione 61. Dissentiunt ICti Wittebergenses & Jenenses. Vide Dn. Richter. 1. decis. 18.* Nec non in bonis emancipatorum pro dimidia. *§. hoc quoque Instit. per quas pers. l. 6 §. 3. C. de bon. quae lib. Jacob. Cancerius 1. resol. 10. Quod si filius per matrimonium liberetur patria potestate, usumfructum pater non pro parte, sed in solidum perdit Cancerius 1. resol. 10. Boer. q. 129 num. 7.* Deinde mater ad secundas nuptias transiens amittit proprietatem bonorum a patre profectorum, usufr. retento. Idem est in bonis, quae ex successione liberorum adquisivit, a patre profectis. *l. 3. §. 1. cum auth. seqq. C. de sec. Nupt. Nov. 22. c. 46. §. 2. Eadem ratione & patri adquiritur usufr. si cum filiis vel filiabus succedit, filio praemortuo, & is ad secunda vota accedat. auth. ex testamento. π. ad SCt. Treb. l. 2. C. de sec. nupt. Virg. Pingiz. quaest. 15. num. 24.*

Pater in bonis adventitiis filii fam. usumfr. ex lege habet.

Et quidem jure patriae potestatis. Matri usufr. in his bonis ne quidem jure Saxon. competit.

AD THES. XXXIII.

ACCURATE EXPENDENDA] Scil. ut non omnia verba, quibus mentio ... usus-

utendi fruendi, nudum jus usufructus transferatur, sed si v. g. testator Titio fundum legaverit ad utendum fruendum, proprietas fundi plena legata esse censeatur. Adde, quæ jam dicentur ad *l. 19. pr. ff. de usufr.*

STATIM ETIAM ABSQVE PATIENTIA] Adde Struv. *exerc. 12. th. 11. & in resolut. ibid.* Dissentit cum VVesenb. & Hahn. Dn. Schilter. *ex. 17. th. 27. p. 249.*

L. PROCULUS XIX. PR. ff. DE USUFR.] Verba textus: *Proculus putat insulam posse ita legari, ut ei servitus imponatur, quæ alteri insulæ hereditariæ debeatur h. m. Si ille heredi meo promiserit per se non fore, quo altius ea ædificia tollantur, tum ei eorum ædificiorum usumfructum do, lego. Vel sic: ædium illarum quoad altius, quam nunc sunt, ædificatæ non erunt, illi usumfructum do, lego.* Contra Auctorem facit etiam, præter citatos, Dn. Struv. *ex. 12. th. 10.* Sed placet tamen opinio Auctoris, eaque, præter rationes ab ipso allatas (contra quas non bene sentetur Dn. Struv. *d. l. verb. neque obst.*) probatur eo, quod JCtus dicat: INSULAM h. m. posse legari, h. e. proprietatem plenam insulæ, non solum ejus usumfructum. Sub voce enim fundi (cujus species est insula) intelligitur plena proprietas *l. 10. 19. ff. de usufr. legat. l. 18. de V. O.* Nec obst. casum istum satis vulgarem esse, quod testator possit diversis proprietatem legare diversarum ædium, [illegible] disponere, ut hæ illis serviant *l. 1. l. 6 ff. de servit. leg. l. 3. comm. præd.* jam autem Proculum singularem voluisse afferre speciem. Respondeo: manet casus singularis, & singularitas consistit in verbis: HOC MODO. Singulare scilicet est, quod, quamvis testator verbo usufructus fuerit usus, tamen proprietas plena censeatur esse legata. Denique quod Dn. Struv. in allatis a Proculo duabus formulis duos casus distinctos contineri putet, nec in eo consentire possum. Putat quippe in prima formula ædibus usufructuariis impositam esse servitutem altius tollendi, seu dispositum, ut usufructuarius promitteret per se non fore, quo MINVS altius illæ ædes ab herede tollantur. Verum τὸ MINVS in *d. l.* non extat, & aliud utique est promittere, per se non fore, QVO ædes altius tollantur, h. e. se nolle cooperari, ut ædes altius tollantur, aliud: promittere, per se non fore, QVO MINVS ædes altius tollantur, h. e. se nolle impedire ædium altiorem extructionem. Conf. Dn. Schilt. *exerc. 17. th. 47. 48. 49.*

IN BONIS EMANCIPATORVM] Jure Sax. pater emancipatis liberis adventitia omnia restituere tenetur, non retenta dimidia usufructus. *Schulz. in Syn. Inst. per quas pers. cuique acquir. lit. b.*

PATRI ACQVIRITVR VSVSFRVCTVS] Scilicet eorum bonorum, quæ Pater a filio mortuo ab intestato nactus erat. Ergo potius hoc casu admittit

Digitized by Google

sit proprietatem, quam antea habebat, retento usufructu, quam ut de novo usumfructum acquiras.

XXXIV. In usufr. legato spectatur *adquisitio vel ex persona propria, vel aliena. Aliena, si duobus pluribusve unus idemque usufructus relictus sit, & collegatarius portionem suam vel repudiet, vel amittat; ubi portio vacans accedit alteri, quod* jus accrescendi *vocatur.*

XXXV. Ut huic juri locus sit, oportet duos in unam eandemque rem expresse a testatore vocari, ex qua conjunctione de voluntate testatoris, *qui solidam rem potius ad alterutrum legatariorum, quam dimidiam, altero legatario non adepto, ad heredem reverti velit*, judicandum. Deinde non sufficit, duos in una re concurrere, ut inter illos sit jus accrescendi: sed necessum est, ut ideo, quia conjuncti sunt, concurrant, & postmodo concursu suo partes facere possint. *Exemplum in l. 1. §. ult. cum l. seq. ff. h. t. ibi: Si Titius amittit usumfructum, portio ejus non accrescit coheredi, sed ad legatarium, qui proprietarius est, refertur. Ratio, quia usufructus videtur in personis heredum constitutus, non per concursum divisus. l. 1. §. ult. h. t. hoc est: coheredes illi non sunt a testatore in usufr. expresse conjuncti, dum per legatum ad illum vocati: sed tantum in hereditate ipsa instituti.* Toties enim jus accrescendi est, quoties ex duobus, qui in solidum habuerant, concursu divisus est. *l. 3. h. t.*

Quaenam requirantur in usufr. legat. ut juri accrescendi locus sit?

AD THES. XXXV.

EXEMPLUM IN L. I. §. ULT.] Regulam *l. 3. pr. h. t. & l. 1. §. ult. hic* clarius exponit Strux. *ex. 12. th. 27. 28. 30.*

XXXVI. Non solum autem usufructus legatur, ab initio, *dum ex testamento defertur*, repudiatus collegatario accrescit: verum etiam ei, qui partem suam jam ante amiserat, accrescit. *l. 10. h. t. quia usufr. non rei, sed personae cohaeret: Ergo etiam portio vacans non accrescit portioni, sed personae. l. 33. §. 1. de usufr. l. 10. h. t. Quod secus est in proprietate legata, quae saltem ab initio, antequam adquiritur, accrescit, nunquam postea l. 1. §. 3. h. t. Ratio differentiae.* Quia usufr. quotidie constituitur & legatur; *proprietas vero eo solo tempore, quo vindicatur: d. l. 1.* Quod si uni usufru-

Ei qui partem suam amiserat legatus usufr. accrescit.

In usufr. legat portio vacans non accrescit portioni, sed personae.

fructus; alteri proprietas legata sit, ususfr. utrique legatus censetur. *l. 3. §. ult. h. t. l. 9. eod. l. 19. de usufr. leg.*

AD THES. XXXVI.

SECUS EST IN PROPRIETATE] In qua & illud diversum est, quod si semel acquisita fuerit proprietas, collegatario mortuo, portio ejus non accrescat reliquis, sed ad hæredes ejus transeat, secus in ususfr. *l. 1. §. 3. de usufr. accrescendo. Struv. d. l. th. 29.*

Cur ususfr. legati dies ab adita hæreditate cedat.

XXXVII. Dedit ususfr. legati dies, *seu incipit deberi ususfr. non a morte testatoris; sed* ab adita hæreditate. *l. un. §. 2. h. t. Nihil enim causa est, cur ante cedat, quam peti possit, cum ratio cessionis, cur contingat a morte, hic cessat. Est ea, transmissio in heredes l. Sempronius 26.* de usufr. leg. Ususfr. autem ad heredem non transmittitur. Ferd. Ar. de Mesa. var. resol. lib. 3. c. 47. n. 4 adeo ut in lega o annuo, si post multos annos adeatur hereditas, non debeatur annorum præteritorum ususfructum l. 16. 18. de an. leg.*

Ususfr. est dividuus quo sensu. Reliquæ servitutes sunt individuæ & cur?

XXXIIX. Constituitur autem pure vel sub conditione, *l. 16. fam. excercisc.* pro parte divisa, vel indivisa *l. 5. ff. de usufr. l. 24. 25. ff. quib. mod. usuram,* ususfr. enim dividuus est, scil. respectu fructuum percipiendorum, qui dividui sunt, l. 19. ff. de us. & hab. Vide Hotoman. qq. ill. 18. Vinn. select. qq. 1. c. 28.* Reliquæ enim servitutes in solo usu consistunt, nec ulla præterea res in juribus subest: At fructus pro parte possum capere.*

Quasi ususfr. sola ultima voluntate constituitur.

XXXIX. Quasi ususfr. sola ultima voluntate constituitur. *d. 1. de usufr. ear. rer. quia nulla fuit ratio, cur propter conventionem viventium, quia alias, quo volunt modo, pacisci possunt, quasi contra naturam rerum hoc constitueretur. Adde §. 3. Inst. h. t. l. 1. ff. eod.* præstita satisdatione *§. 2. Inst. h. t. l. 2. h. t.* quæ tamen remitti poterit usufructuario ab herede. Non a testatore. l. pen. C. ut in poss. leg. l. 1. C. h. t.*

AD THES. XXXIX.

SOLA ULTIMA VOLUNTATE] Verior est opinio dissentientium, & quod etiam inter vivos possit constitui quasi ususfructus per ea, quæ habet Hahn. *ad Wesenbec. de usufr. earum rerum &c. n. 4. Eckolt d. tit. Huber. ad tit. Inst. de usufr. th. 5. p. 110.* Nec obst. ratio Auctoris. Etiamsi enim concedamus ultimas voluntates causam dedisse huic; tamen inde non sequitur, ergo nec semel introductus quasi-ususfructus inter vivos constitui potest. Sic feriæ messium in gratiam eorum, qui in messibus oc-

occupati sunt, introducta fuerunt, *l. 1. ff. de feriis*, post introductionem vero profunt omnibus, etiam iis, qui in fructibus colligendis non sunt occupati. *Strub. exerc. 5. th. 24.*

NON A TESTATORE] Non solum in quasi-usufructu, sed nec in vero *Carpz. P. III. c. 13. d. 12. Hahn ad VVesenbec. usufructuar. quemadmod. cav. in fine Gail. lib. 2. observ. 145. Bachov. Vol. 1. disp. 16. th. 6. lit. L. Franck. ad ff. d. tit. n. 5.* Ergo remissio testatoris pro non adjecta habetur *l. 6. ut in possessione legatorum servandorum l. 1. C. de usufr. l. 7. C. ut in possessione legatorum.* Dissentit Dn. Struv. *exerc. 12. th. 40.* in vero usufructu posse testatorem usufructuario cautionem de restituenda re remittere, statuens, *arg. l. pen. C. ut in possess. legatorum*, quia etsi remissa sit, habeat tamen proprietarius heres actionem in rem, qua rem ipsam a fructuario & quolibet possessore vindicet. Sed respondeo, hanc actionem in rem omnibus casibus non posse competere. Quid si enim usufructuarius culpa, non dolo, possidere desierit, & res plane interierit? Hoc casu utique rei vindicatio locum non habet, ergo cautione opus erit. Item quid si res negligentia usufructuarii fuerit usucapta, & restitui nequeat *l. 1. §. ult. usufruct. quemadm. cav.*

XL. Amittitur usufr. præter modos *cæteris servitutibus* communes, *inter quos est & non usus per modum*, morte usufructuarii *§. 3. Inst. de usuf. l. 5. qu. mod. us. am. l. pen. C. eod. Quid si stipulatus quis fuerit sibi & heredi uti, frui licere? Heres agere potest l. 38. §. 12. de V. O. An vero jus fruendi vel idem a defuncto ad heredem transit, vel novum heredi quæsitum intelligitur? An continet hæc stipulatio solum factum utendi fruendi? Adeoque differt stipulatio usufr. & stipulatio uti frui licere? Bart. Bald. Aug. Gomezius; Alciat. Cujac. Don. ad §. 12. ut & Ferd. Arias de Mesa var. resol. lib. 3. c. 48. Uti frui licere formulam & usumfructum differre putant, quod illa factum, hoc jus demonstretur, per l. 2. §. 5. de V. O. Quam sententiam refutavi d. Exerc. 5. ad 50. Decis. c. 3. am. 18. Mortuo autem ita fructuario, ultimi anni fructus percepti ad usufructuarii heredes; pendentes vero ad dominum proprietatis pertinent. l. 13. § 5. ff. de usufr. l. 13. C. qu. mod. us. am.* & capitis diminutione maxima & media *§. 3. Inst. l. 16. §. ult. C. de usufr. olim etiam minima, quia ILL. ff. indistincte loquuntur: Sed cum hodie & filiusf. plenam proprietatem habere possit, secus est.* Remissione item, seu cessione non solum, si ea domino proprietatis facta sit *consolidatione. Hinc usus-*

Non differt stipulatio usufructus & stipulatione uti frui licere.

Olim usufr. minima capitis diminutione finiebatur.

Digitized by Google

usufructus legatus, moriente usufructuaria redit ad eos, quibus hereditas delata, etsi tempore mortis usufructuarii adsint propinquiores. H. Pistor. obs. 75. sed & si extraneo. *§. 3. Inst. h. t. l. 66. de I. dot.*

Quasi usufr. tantum morte & capitis diminutione finitur.

Quasi ususfructus autem morte & capitis diminutione tantum. *§. 2. Inst. h. t. l. 9. l. 10. ff. de usufr. ear. rer. Civitati vel Ecclesiæ relictus durat centum annos. l. 8. de usufr. leg. Vide Connan. lib. 4. fol. m. 353. Interitu tamen & excidio quoque tollitur. Exempla apud P. Gregor. synt. lib. 4. c. 5. n. 16.*

AD THES. XL.

HERES AGERE POTEST] Sed primus tantum, non heres heredis. *Struv. exerc. 12. th. 33.*

VEL NOVUM HEREDI QVÆSITUM] Omnino heres non succedit in defuncti usumfructum, sed novus usufructus heredis est. *Vid. Struv. d. l.*

ETSI EXTRANEO] Cedendo extraneo nihil agitur, dicit *§. 3. Inst. de usufr. item l. 66. ff. de Jure Dot.* de cujus explicatione duæ sunt opiniones (1.) cessione extraneo facta non finiri usumfructum, sed nihil agi, h. e. cessionem pro non facta haberi, adeoque usumfructum suo tempore, & morte scil. usufructuarii &c. ad dominium proprietatis reverti. *Vid. Huber. ad Inst. de usufr. th. 4. p. 120. 121.* (2.) Nihil agi ratione extranei, agi vero aliquid ratione cedentis, qui amittat usumfructum per cessionem statim. *Frank. ad tit. ff. quemadm usufr. amitt. n. 3. Vinn. ad §. 3. Inst. de usufr.* Conciliat has duas opiniones inter se G. Feltmann. *in append. ad librum Bened. p. m. 171. seq.* distinguendo inter cessionem simplicem, & cessionem in jure: ita tamen, ut priorem opinionem & æquitati, & Juri Justinianeo, & usui Forensi convenientiorem declaret, qui omnino nectetur legi.

Usus quid?

An qui usum habet, & foliis uti possit?

XLI. Usus *est jus utendi alienis rebus ad quotidianam necessitatem l. 1 ff. de us. & hab.* εἰς ἀναπλήρωσιν τῆς κατὰ φύσιν ἐνδείας, *ut loquitur Philosophus 1. Pol. 6. salva substantia. Eum qui habet, lignis, hortis, pomis, oleribus, floribus, aquâ, oleo, frumento, frugibus, cæterisque in fundo nascentibus ad quotidianam necessitatem utitur. l. 12. §. 1. de us. & hab. sed numquid & foliis? Ita contra Nervam non solum Sabiniani; sed & ipse Labeo & Proculus pronunciant. d. l. 12. Sed hæc interpretibus nostris plus quam Sibyllæ folia. Et alii inde oleas, alii dolia, alius stolia, & Godofredus filius, nescio qua, ἰφόλια. Sed quidquid hic novissime, animadvers. c. 8. moliatur, lectio non mutanda, quam & Ecloga Basil. retinent, p. 174. & Ba-*

Digitized by Google

& Basilica ipsa lib. 16. tit. 8 leg. 12. §. 1. fol. 292. Sunt autem folia florum, herbarumque medicatorum folia siccata, quæ Paterfam. in hiemem recondit. Quæ vox hac notione, pro floribus aridis, tam nota bonis auctoribus, quam res ipsa hortulanis. Exempla vide a Barthio congesta. 2. adv. 6. Horat. 2. Sat. 3. ac potius foliis parcus pascatur amaris. Et folia de Seplasio, ap. Marcellum Empiricum. Imo habemus domi in l. fin. §. species. ff. de publ. & vect. usum vocis, in Barbariis. Huc facit & lex quædam recentior, quam in libro MSCto reperisse ait Leunclavius, lata a Leone & Constantino, de foliis caprifici: ἐὰν φύλλα συκαμίνου κλέψει τις, καὶ φάρμακα ποιήσει, διπλῆν ποσότητα ποιείτω καὶ διδότω. Leuncl. notat pag. 264. Ratio dubitandi Nervæ, quod folia hæc ultra necessitatem, & usum quotidianum. Iisdem modis, quibus ususfr. amittitur, *pr. Inst. de us. & hab.* sed minus juris habet. *§. 1. Inst. eod.* Unde usuarius uti, non vendere, locare potest. d. §. 1.* Habitatio, *quam male negant. Hotom. 3. O. 23. & Wurms. Nucl. jur. cont lib. 2. tit. 5. conclus. 2. esse servitutem. Non obstantibus. l. 1. §. 1. π. Commod. & l. 17. pr. ff. de præsc. verb. quæ loquuntur non de jure reali, sed personali, quod ex obligatione nascitur. Quod vero Inst. de reb. incorp. & l. 1. π. de serv. habitationis non fit mentio, inde perperam Wissenbach colligit, eam non esse peculiarem speciem. Supplenda enim hæc loca ex §. sed cui, Inst. de usu & habit. ut & titulo ff. de usu & hab.* licet effectu cum usu ædium idem pene jus esse videatur, differt tamen in eo, quod locari possit §. 5. & non utendo, atque capitis diminutione non amittitur. *l. 10. in pr. ff. de us. & hab. Habitatio a marito uxori relicta, ut cum ejus liberis moretur, cujusnam contemplatione relicta præsumatur? Vide Ferd. Ar. de Meza lib. 2. c. 5. ubi pro filiis respondet.*

Folia quid?

Habitatio est servitus.

Habitatio quomodo differt ab usu ædium.

AD THES. XLI.

DIFFERT TAMEN IN EO] *Conf. Strup. exerc. 12. thes. 61. Huber. ad tit. Inst. de ususfr. & habit. lib. 4. p. 174.* ubi addit: Usum hodie parum habere usus. *Vid. tamen præjudicium apud Philipp. in usu pract. Inst. lib. 2. Ecl. 30. n. ult.*

XLII. Operæ servorum constituuntur legato, *l. 2. 5. ff. de op. serv. & contractu. l. 37. de usufr.* in servo alieno, *l. 9. C. de usuf.*

Operæ servorum ante in rerum natura non sunt, quam dies earum venit.

& consistunt in actu servi. *l. 1. b. neque ante in rerum natura sunt, quam dies earum venit. l. 1. l. 3. pr. l. 9. de op. lib. venit autem, quando petuntur. l. 7. de usu & usufr.* Et transeunt ad haeredes. *l. 2. de usu & usuf. leg. nec capitis diminutione pereunt. l. 20. b. l. 10. de Cap. min. nec non utendo. l. 2. de usufr.*

AD THES. XLII.

OPERÆ SERVORUM] Quomodo differant ab usufructu & usu servi, *vid. Struv. exerc. 12. th. 53. Hub. ad Inst. de usu & habitat. th. 3. p. 223. sqq.*

DISSERTATIO IIX.

De

Usucapionibus & Donationibus.

RESPONDENTE

JOH. ADAMO a Schönefeldt / Nobili Misnico.

APHORISMUS I.

Unde modi adquirendi sunt vel universales vel singulares? Res singulares. Res universales.

SEquuntur modi adquirendi dominium Jure Civili. Qui *pro diversitate objecti* sunt vel universales, vel singulares, *prout res adquirenda vel singularis, quales dicuntur, quae per se sola ac separatim absque commodis aliis ad eundem hominem spectantibus considerantur: vel universalis, quo nomine venit totum aliquod collectivum, sive massa bonorum, non tantum commoda, hoc est; res tam in dominio, quam obligatione positas: sed & onera & incommoda complectens. l. 3. pr. de B. P. l. heres. 32. de O. & A.* Horum vero quatuor: Usucapio, donatio, legatum & fidei commissum, *de quibus posterioribus infra tractabitur.*

Usucapio.

II. Usucapio, *Graecis τὸ διὰ μακρᾶς χρήσεως δεσπόζειν διὰ τῆς χρονίας νομῆς δεσπόζειν, ἀσυκαπίων, non ususcapio, ut Gellius lib. 7. c. 10. quia non usus capitur, sed per usum, ut Horatius: Quadam, Consultis si credis, mancipat usus.*

An usucapio in LL. XII. tab. dicta sit auctoritas?

Videtur ICtis quam plurimis, & novissime Iacobo Godofredo ad L. XII. tab. 6. usucapio in LL. XII. auctoritas dicta: Id quod refutavi Exercit. 2. ad 50. De-

cis.

Digitized by Google

diss. c. 1. num. 13. Et vel verba legis Atinia, qua Gellius recitat lib. 17. c. 7. id refutant: Ea sic habent: QVOD SUBREPTUM, EIUS REI ÆTERNA AUTORITAS ESTO. Ergone aeternum usque usucapi possunt? Imo in aeternum non possunt res furtiva: contrarium ergo usucapioni notat. Confer Comium Disp. jur. civ. c. 8. est adjectio (*vel adeptio. Perinde enim & hoc Isidorus retinet.*) dominii, *veri & pleni, ut nec ex capite ignorantia restitutio in integrum concedatur. l. ult. C. de praescript. long. temp.* per continuationem possessionis, temporis lege definiti. *l. 3. ff. de usurp.* introducta juri Civili, *& variis constitutionibus Principium quasi alterata*, bono publico, *l. 1. ff. h. t.* ut litium esset finis. *l. fin. pr. ff. pro suo. & dominia rerum non semper incerta.*

III. *Adeoque non solum non iniqua: sed & juri naturali non adversa. Quamvis enim damnum olim Dominus sentiat: Tamen non sentire intelligitur, quod quis sua culpa. l. 203. ff. de R. I. Alias ubicunque alter locupletaretur ex re alterius, id cum injuria hujus fieri necesse esset, & tollenda venirent omnes actiones poenales. Nec vero ulla lex naturae est, qua vetet modum dominio ponere, vel modum amittendi illud statuere, non magis, atque tollendi obligationes. Et hinc Novellam 9. (ubi usucapio impium praesidium) esse subdititiam, doctiores censent. Duar. c. 1. de usuc. Hillig. in indice legum. M. Stephan. ad d. Novell. 9 Dn. Tabor. in partit. Iurisprud. Cum jura non suggerant praesidia impia. l. 15. de cond. Instit. l. 3. §. 2. C. de his, qui ad Eccles. conf. l. 11. de A. P. Sed non opus est hac censura. Potest justissima lex per abusum a calumniatore fieri praesidium impium per accidens, ut respondi pro hac Novella, in Irnerio non errante c. 3. th. 7. f.* Usucapio juri naturae adversa non est.

IV. *Personae, qua usucapere*, sunt vel tradentes, quas oportet esse non dominos, & accipientes nempe omnes qui dominium acquirere & possidere possunt. *l. 3. l. 8. §. 1. l. 25. ff. h. t.* Civis Romanus. *l. 4. §. 4. l. 44. §. fin. ff. h. t. l. 118. de R. I. sive per se, sive per alium, & vel servum ex causa peculiari, etiam ignorans. l. 1. §. 5. l. 44. §. 1. ff. de A. P. l. 8. ff. h. t. vel Procuratorem. l. 1. §. 20. de A. P. Sed sciens. l. 47. ff. de usurp. & usuc.* Filiusf. quoad castrensia & quasi. *l. 4.* Quo sensu in Nov. 9. usucapio dicatur impium praesidium?

§. 1 ff. h. t. §. 1. Inst per quas pers. cui adqui. Nam in reliquis quod ad ipsum usucapiendi factum usucapere filiusf. potest: Non sibi tamen, sed patri adquirit. Pupillus, *etsi sine tutoris auctoritate possidere capit, animo possidendi l. 4. §. 2. h. t. Non furiosus, ne quidem curatore auctore arg. l. 1. §. 3. de A. P. juncta l. 5. de R. I. Nisi ante furorem cœpit. l. 44. §. 6. de Usurp.*

Cur res immobiles sitæ in provinciis non potuerint usucapi?

V. Circa materiam usucapionis, quæ in genere sunt res a non domino acceptæ & traditæ, distinguendum jus vetus a novo. Jure veteri usucapi poterant res mobiles, *&* immobilium hæ duntaxat, quæ erant Italici soli, *seu quæ sitæ erant in Italia, non in provinciis. Ratio hæc erat, quia usucapio est civilis adquisitio, quæ locum habebat tantum in iis rebus, quarum erat civile dominium, sive ex jure Quiritium. At civile dominium erat tantum in rebus Italicis, non in provincialibus. Quia dominium rerum provincialium proprie erat Reipubl. & provincialibus non nisi usus & fructus relictus. Vide Giphan. ad l. 1. C. de usuc. transf. Contium disp. jur. civ. c. 12. Theophilum in §. per traditionem. Instit. de rer. div. Provinciarum enim agri ab hostibus capti erant omnes Populi R. jure belli. §. item. quæ ex hostibus. Instit. de rer. divis. l. si captivus. §. 1. de capt. & postl. rev. Cic. 5. accus. in Ver. Perpauca, inquit, civitates Siciliæ, bello a majoribus nostris subacta sunt, quarum cum esset ager publicus Pop. R. factus, cum illis est relictus. Aggenus Urbicus de limit. agr. Siculus Flacc. de condit. agr. Veteres uno verbo vocabant possessiones, teste Festo lib. 14. & Isidoro Etymol. lib. 15. c. 13. & indicat Javolenus in l. quæstio. ff. de V. S. Giphan. comment. ad §. per. traditionem. Inst. de rer. div.* Illæ anno, hæ biennio. *pr. Inst. h. t.*

Provinciarum agri erant Pop. R.

Res mancipi.

Res nec mancipi quæ?

VI. Jure novo, *sublata differentia rerum mancipi, & nec mancipi: Erant res mancipi prædia urbana & rustica in Italia, res soli Italici, jura prædiorum rusticorum, servi, quadrupedes, quæ dorso collove domantur. Ulp. lib. reg. tit. 19. Et omnes res pretiosæ. Cujac. parat. C. de usuc. transf. Cætera res nec mancipi sunt, prædia provincialia, feræ bestiæ, oves, sues, capræ. Sublata etiam Italici soli & provincialium differentia,* tam res mobiles, quam immobiles usucapiuntur. *pr. Inst. h. t. l. unic. C. de usuc. transf. Sed usu-*

ſucapio immobilium proprio nomine, longi temporis poſſeſſio, ſæpe etiam longi temporis præſcriptio appellatur: Sed alia tamen eſt hoc ſenſu, alia de quâ infra aph. 17.

Longi temporis poſſeſſio.

VII. Prohibentur autem quædam natura, quæ vel in commercio non ſunt, res ſacræ, ſanctæ, religioſæ, *quia poſſideri nequeunt. §. 30. §. 1. de adq. poſſ. Aggenus Urbicus de controv. arg.* liber homo. *l. 9. h. t. Inſt. h. l. 6. C. de ingen. manum. l. 3. C. de long. temp. præſc. quæ pro libert. olim tamen mulier in manum viri veniebant per uſucapionem. A. Gell. 3. 2. & 18. 6. Sigon. de antiq. jure Civ. Rom. 1. c. 8. loca publica. l. 45. h.* res meræ facultatis, *quæ ſunt actus jure poſitivo indifferentes, quibus factis vel omiſſis, nemo ſibi jure præjudicat, ut eſt facultas ædificandi in ſuo, ire in via publica, vel non ire, accipere ſolutionem in minore valore, quam erat tempore contractus. Gail. 2. O. 73. num. 2. molere, pinſere, cereviſiam emere, ubi ubi velis. arg. l. 2. ff. de via publ. & it. publ. ref. * niſi prohibitioni interpoſitæ is, qui hanc facultatem habet, cum patientia acquieverit. l. 18. §. fin. ff. h. t. Aliud ergo, ſi res non meræ facultatis, ſed ſimul juris quoque ſit; ut fit, ſi facultate hac uſurpata vel omiſſa effectus juris ſequitur, quo quis ſibi præjudicat. l. 3. l. 4. C. de præſcr. 30. vel 40. ann. ut hæreditatis aditio. l. 7. in fin. ff. de cura. fur. l. 3. C. de Inſt. & ſubſt. * Jus reluendi pignus, ut & pacta de retrovendendo. Etſi contrarium in foro receptum. Gail. 2. Obſ. 18. Mynſ. 1. O. 16.*

Res meræ facultatis quid?

Hæreditatis aditio, jus reluendi pignus & pacta de retrovendendo non ſunt res meræ facultatis.

AD DISSERTAT. IIX.

AD THES. VII.

M*OLERE*] Ergo regulariter Nobiles ſubditos ſuos cogere nequeunt, ut certo aliquo molendino utantur, etſi per longum tempus certo iſto molendino fuerint uſi, niſi ſubditi præcedenti prohibitione acquieſcant, tunc enim de Jure Saxon. intra 31. annos, 6. ſeptimanas & 3. dies hoc jus cogendi uſucapi poſſe, docent Carpzovius *P. II. conſt. 4. def. 9. Philipp. lib. 2. Ecl. 36. Coppen dec. 19.*

CONTRARIUM IN FORO RECEPTUM] Non ſolum in foro Imperii, de quo teſtantur Gail & Mynſ. Auctore citati, ſed & in foro Sax. *P. I. conſt. 1. ibique Carpzov.* Neque videtur adeo obſervantia fori contraria eſſe Juri civili (uti putat Auctor noſter) propter rationes a Mynſ. & Gail. allatas, quibus adde *Berl. P. II. conſt. 3. Frantzk. [illegible] 5. quæſt. 6.*

Digitized by Google

IIX. Quædam lege, vel ob favorem dominorum, res pupillares. *l. 10. ff. quibus mod. serv. amitt. l. 48. de A. R. D. l. 3. v. pupillari. C. de præscr. 30. ann. Cicero. 1. ad Att. 5. Exceptis casibus in l. 2. §. 15. π. pro emt. & l. 45. π. de Minor. Quid de minorum rebus? Vulgo traditur contra hos nec usucapionem, nec nisi præscriptionem 30. annorum currere. l. 3. C. de præscr. 30. ann. l. fin. C. in quibus. caus. in int. rest. At, secus habere & usucapionem currere ipso jure contra minores 25. annis probatur per l. sing. C. si advers. usucap. & l. 2. §. si a pupillo. ff. pro Emt. Præscriptio vero non currit. l. 1. vers. cum de legitima ætatis. l. ult. vers. & majore effectô. C. si quis ignorans rem min. & l. 3. C. Quib. non obj. long. temp. præsc. l. ult. C. in quib. caus. in int. rest.* dotales. *l. 4. π. de Fun. Dot. l. 48. de A. R. D. l. 30. C. de I. dot. nisi, antequam fieret dotalis, præscriptio incoata. l. 16. ff. de fun. dot.* fisci. *§. 9. Instit. h. Nunc ista l. 18. de usurp.* ἀκληρονόμητα, ἀδέσποτα, *quæ ad fiscum pertinent ex L. Iulia Caducaria. Non actiones, quæ perimuntur 20. annis. l. 13. de div. & temp. Nuntiationi autem quadriennio præscribitur. l. 1. & 1. 2. C. de quadrien. præsc. l. 10. §. 1. de div. & temp. præscr. Imo & quinquennio, si res, ob vectigal non solutum, in commissum ceciderit. l. 2. C. de vectig. Qui nunciabant, Denunciatores & delatores dicti,* συκοφάνται, *quales sub Maximino plures exstitisse scribit Herodianus lib. 7. Præmia eorum L. Papia, erant dimidium. Nero ad quartam redegit. Suet. Ner. c. 10. Trajanus hoc bipedum genus sustulit. Plin. paneg. Constantinus compescuit, ne, sine advocato fisci, denunciarent l. 5. C. de delat. Alii erant Quadruplatores, teste Asconio, & Festo.* civitatis, *l. 9. ff. h. t. l. cum sponsus. 10. §. in vectigalibus. ff. de public. in rem. Numerantur enim inter publicas l. inter. 17. ff. de V. S. Publica autem non poterant usucapi. l. 9. ff. de usurp. & usucap.* Principis. *l. 1. C. Ne rei domin.*

Contra minores usucapio ipso jure currit; præscriptio non item.

Denunciatores. Delatores. Præmia denunciatorum.

AD THES. IIX.

EXCEPTIS CASIBUS] Si scil. a pupillo rem emerim, quem putabam esse puberem; item, si jam res usucapta sit, antequam pupillus nasceretur.

NEC USUCAPIONEM, NEC NISI PRÆSCRIPTIONEM] Prænotandum hic est, quod ex mente Auctoris differant adhuc hodie usucapio & præscriptio per tradita in d. th. 17, 18, 19. 25. *Vide ibi not.*

AT

ET SECUS HÆRERE] De præscriptione contra minores tres fere sunt sententiæ omnes ortæ ex collatione *l. un. C. si adversus usucapionem cum l. ult. C. in quib. caus. in integr. restit. non opus est.* Alii enim (1.) dicunt usucapionem & longi temporis præscriptionem non incipere contra minorem per *d. l. ult.* currere tamen contra eum, si contra majorem, cujus forte heres minor extiterat, incepta fuerit *d. l. un. C. Vid. Strub. exerc. 43. th. 6.* Alii (2.) cum Auctore distinguunt inter usucapionem & longi temporis præscriptionem de illa *d. l.* unicam de hac vero *d. l.* ultimam, accipientes. *Conf. Brunnem. ad d. l. un.* Alii (3.) & usucapionem, & longi temporis præscriptionem contra minorem, neque incipere, neque currere, arbitrantur, ut Struv. *d. l.* quorum sententia videtur verior ob *d. l. ult.* Nec obst. *d. l. un.* Respondeo enim in ea adhuc esse reliquias veteris juris quod jus vetus Imperator per *d. l. ult.* (quam ex 50. decisionibus esse, & inscriptio, & subscriptio & contextus, ostendunt) abrogavit. Conf. *Perez. ad tit. C. si adversus usucap.* Nec obst. porro *l. 2. §. si a pupillo ff. pro emtore.* In hac enim lege exceptio à communi regula continetur, quod jam ipse Auctor *in hac thes. (in f.)* notavit. Imo ex hoc texto Struv. *d. l.* aliam responsionem ad *d. l. un.* suppeditat, eamque ad hunc casum specialem restringit: Si scil. quis adversus minorem, quem pro majore habebat, tempus cœperit, quod tamen in medio relinquo. Pro nobis facit ulterius, quod ex hypothesi Auctoris usucapio pariat actionem directam, præscriptio utilem tantum; aut saltem exceptionem *Vid. th. 10. hic n. 5. & 6.* Jam vero absurdum esset, si contra minorem possidentem actio directa datur, quod non detur etiam contra eum exceptio; cum omnis, qui actionem habet, exceptione quoque gaudeat.

IX. Vel odio possessorum res furtivæ, *l. 12. §. furtivæ. Instit. h. Cui succenturiata Atinia. Meminit l. 4. §. 4. & l. 33. ff. h. t. Gellius. 17. Noct. c. 7. Cicer. Verr. 3. Panciroll. 2. Vari. c. 277. quæ non solum usucapi nequeunt, ab ipso fure, propter malam fidem: Sed & a quovis alio, propter vitium rei ipsi inhærens, in quoscunque possessores tandem inciderit. §. 4. Instit. l. 7. C. de usuc. pro emt. l. 24. ff. h. Vide Connan. 3. 15. num. 4.* Eadem ratio in rebus amotis. *l. pen. ff. Rer. am.* Quid in expilatis? *Videntur posse, l. si homo cujus. 35. de usucap. l. hereditaria. 68. cum seq. de furt. quia negatur hereditariarum verum furtum fieri; præsertim cum non possideantur, furtum autem non fiat ejus, quod non possidetur. l. 1. §. Scævola. 15. ff. si is qui test. lib. Resp. etsi hereditas jacens non possideat, sufficit tamen possessionem in aliqua persona subsistere, ut ne non ea, cui furtum fit. V. G.* In rebus expilatis cessat usucapio. Ratio additur.

*V. G. usufructuario in d. l. 35. & l. 69. de furt. creditore, commodatario, in specie l. 68. de furt. Ergo in expilatis cessat usucapio. l. 70. de furt. Vide Amay. 2. obs. 7. Similiter atque in * Servo fugitivo, qui sui ipsius furtum facit. §. 1. Instit. h. t. l. 1. C. de serv. fug. l. 60. ff. de furt. * Et in iis, quae ex rebus furtivis percepta aut concepta l. 4. §. 16. h. t. Ut partus furtivus :* (Quia tempore subreptae matris pro nato habetur, adeoque in bonis domini. l. fin. §. non solum. π. Quae in fraud.) nisi apud bonae fidei possessorem conceptus & editus sit. l. 48. §. 5. de furt. l. 33. π. de usurp. * At in fœtu pecorum non opus est usucapione, quia cum in fructu sit, perceptione a bonae fidei possessore illico adquiritur. l. 48. §. fin. ff. de A. R. D. Non obstat eadem l. 48. §. 5. ubi dicitur in fœtu idem observandum, quod in partu. Resp. non quoad usucapionem, sed quantum ad furtivitatem. Quatenus enim fœtus apud furem conceptus vel editus, non potest adquiri B. F. possessori. vi* possessa. *ex L. Iulia & Plautia l. 4. §. 22. l. 33. § 2. de usuc. Plautiae meminit Gallus ap. Diomedem lib. 2. & Asconius in Miloniana. Obstat l. certe. 6. §. Iulianus. ff. de precario. Respondent, differentiam hic esse inter res furtivas & vi possessas. Quam, ut & Cujacii responsionem rejicit Fr. ab Amaya. 2. obs. 8. Ipse respondet: in d. §. Iulianus, non agi de usucapione, nec de B. F. poss. sed, an qui violenter fundum ingressus est, possit mutare causam illius possessionis. Species haec est: Verus dominus de fundo vi fuit expulsus, & is qui vim intulit, ab eodem domino postea precario rogavit possessionem, eo casu si concesserit dominus, incipit precario possidere & desinit violenter. Ad rem. Res ergo vi possessa usucapi nequit, * nisi res ante usucapionem in potestatem domini aut possessoris venerit, quo casu vitium purgatur. §. 3. Inst. l. 4. §. 6. l. 24. §. 1. h.* Et praesidi contra L. Juliam donatae. *l. pen. pr. ff de L. Julia Rep.*

Partus furtivi non est usucapio.

Explic. l. 48. §. 5. ff. de A. R. D.

Explicatur l. 6. §. Julianus ff. de precario.

AD THES. IX.

RES FURTIVAE) Ad res furtivas etiam refertur, si dominus rem oppignoratam creditori auferat, eamque alienet. *l. 66 ff. de furt.* quam, antequam in potestatem creditoris iterum veniat, an usucapere possit b. f. emtor? quaeritur. Affirmant Modestinus *l. 5. ff. pro emt.* Paulus item *in l. 4. §. 21. ff. de usurpat.* Negare videtur idem Paulus *l. 49. ff. eod.* Et negatur expressim *l. 6. C. de usucap. pro emtore.* Varie respondeti solet a Dd. Hu-

her.

ber. *ad tit. Inst. de usucap. §. 6. p. 148.* nullam putat conciliandi rationem adesse, nisi distinguas inter pignus & hypothecam, & de pignore a creditore possesso intelligas *l. 5. ff. pro emtore, item l. 4. §. 21. de usucap.* Quia nimirum in hoc casu debitor furtum non in re fecerit, [redacted] in possessione, quod rem ipsam non videatur afficere. Si vero debitor vendat hypothecam a seipso possessam, hunc utique furti obligari *l. 66. de furt.* adeoque usucapionem impedire. Et de hoc casu intelligendam *l. 6. C. pro emtore.* Sed hæc Huberi distinctio implicat magis, quam conciliat. Nam initio *d. l. 66. de furt.* aperte æquali crimine furti onerat debitorem pignus alienantem, sive id possideat, sive non. Deinde potius inverterem contra Huberum: si is, qui creditori possessionem, & pignoris securitatem abstulit, non obstante furto possessionis, conditionem usucapiendi transfert, multo magis iste, qui ne quidem possessionem abstulit, creditori, rem [redacted] usucapiendum alienare potest, cum sane hujus furtum, quovis concedente, minus gradu sit, quam prioris. Quo pacto quid de *l. 6. C.* fiet? Perez. *ad d. t. C. de usuc. pro emtore n. 5.* post alios distinguit: usucapionem procedere quidem respectu ipsius domini, non tamen procedere respectu creditoris. Sed nec hæc distinctio litem tollit, cum textus Pandectarum & Codicis prope iisdem verbis utantur, adeoque non sit verosimile, diversos casus in iis contineri. Mihi itaque sic videtur: Cassii opinionem, quod in dato casu procedat usucapio (de qua in *l. 4. §. 21. de usucap.*) secutus fuit Modestinus *l. 5. ff. pro emtore*, quamvis de ea dubitaverint alii *d. l. 5.* quos inter & Paulus *arg. l. ult. ff. de usucap.* (cui non obst. *l. 4. §. 21. eod.* verbis Pauli; *quod puto rectius dici.*) Notum enim est Paulum concise nimis fuisse locutum, ut non raro exinde obscuritatem sibi conciliaverit. Ergo mentem ejus sic παραφράζω: *Si rem pignori datam debitor subripuerit & vendiderit, usucapi eam posse Cassius scribit, quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dederit*, quamvis sententia Cassii non videatur subsistere, quia *cum ea*, scil. debitore subripiente, *furti agi potest*, *quod* etiam contra Cassium *puto rectius dici.* Ergo particulam quamvis h. l. non refutatoriam, sed correctoriam esse ostendunt dicta verba ultima, *quod puto rectius dici*, quorum alias nullus esset sensus) Litem hanc sustulerunt, atque Modestini & Cassii sententiam abrogarunt Imperatores in *d. l. 6. (de usuc. pro emt. Conf. Vinn. ad §. 3. Inst. de usuc. Brunnem. ad d. l. 6. C.* Ita malo antinomiam statuere, quam distinctionibus fictis, parumque ad mentem JCtorum quadrantibus fundamenta omnis genuinæ legum interpretationis subvertere.

ERGO IN EXPILATIS CESSAT USUCAPIO) Hoc ergo ex textibus allatis, universaliter non concludit, quin potius ductu earum ita videtur distin-

guendum esse: Vel res expilatæ alii sunt obligatæ, aut commodatæ, aut ususfructus in iis alienus est, & tunc non possunt usucapi l. 68. 69. 70. ff. de furtis l. 37. de usucap. vel nihil horum subest, & tunc omnino poterunt usucapi arg. l. 68. ff. de furt. junct. l. 1. §. 15. ff. si is, qui testamento lib. esse, item arg. d. l. 70. verbis: *Hi enim capbus ff. de furt.*

PARTUS FURTIVUS] De partu furtivo videatur omnino, distinctissime rem exponens Wesenb. exerc. 43 th. 50

Usucapionis forma quænam?

X. Forma usucapionis consistit in possessione, *sine qua nulla procedit usucapio. l. 3. l. 25. ff. h. t.* tum Civili, (*vid. aphorism. 14.*) *quia Usucapio est modus adquirendi dominii: At naturalis possessor rem voluntate & animo domini non apprehendit, ut diss. 6. probatum.* Quæ & titulum habet ad transferendum dominium habilem. *l. 3. §. 21. de A. P. l. 31. de A. R. D. l. 4. C. de præsc. long. temp.*

AD THES. X.

VOLUNTATE ET ANIMO DOMINI] Voluntate quidem rem sibi habendi apprehendit naturalis possessor, sed tamen absque animo domini, i. e. absque opinione, quod sit dominus.

Tit. Pro suo ad usucapionem non sufficit.

XI. *Hic titulus vel est generalis, vel specialis. Generalis vocatur pro suo, qui omnium aliarum causarum communis est, & cum iis concurrit. l. 1. ff. pro suo. Qui ad usucapionem propterea non sufficit solus, quia nec solus est, sive revera causa specialis conjuncta sit, sive esse putetur probabiliter.* Adeoque & putativum titulum ad usucapionem prodesse arbitror, siquidem justissima errandi causa subsit. l. 11. pro emt. l. ult. pro suo. l. 48. de usurp. & usuc. l. 2. §. 16. n. pro emt. Quales sunt, si servus, vel procurator, cui emendam rem quis mandasset, persuaserit se emisse & tradiderit. l. 11. pro emt: si quid possideam, quod servum ejus emisse existimem, cui heres successi l. 5. §. 1. in fin. pro suo. Si existimans sibi deberi accipiat a tradente, qui credidit se debere. l. 2. pr. pro emt. l. 48. ff. h. Si conductor conductam rem propriam ab eo, quem putat esse Dominum, tum enim locator per conductorem usucapit. l. 20. pr. C. de agr. & C. in fin.*

AD THES. XI.

SIQUIDEM JUSTISSIMA] Aliud si non subsit justa errandi causa §. error autem 4. Inst. de usuc. ibique Dd. Huber. ad d. tit. th. 5.

XII.

XII. *Speciales tituli vel singulares sunt, pro emto, donato, legato, dote, transacto, & pro suo specialis, ut si quis cervum alterius mansuetum, nullius esse putans usucapiat, sic gemmam alterius in litore repertam. arg. l. 2. pro suo.* *Vel universalis pro herede & B. possessore, l. 3. l. fin. ff. pro herede.* *Quando nempe heres possideat rem singularem non hereditariam pro hereditaria, & hic ad usucapionem proficit, sive is revera heres sit. l. pen. pro her. sive ex justa causa se esse putet. l. 33. §. 1. de usucap.** *Quomodo & suum heredem usucapere posse verius est.* *Quia suus heres possessionem vivo patre non habet, ut in dissert. 6. ostictum, quam si mortuo eo consequitur, necessum est eum vel nullo, quod absurdum, vel heredis titulo possidere.*

Specialis titulus pro suo quis.

An suus heres pro suo usucapere possit?

AD THES. XII.

PRO HEREDE] Quomodo hic titulus pro herede sit intelligendus, vid. omnino Struv. ex. 43. th. 32. seqq.

QUOMODO ET SUUM HEREDEM] Conf. iterum Struv. d. l. th. 33. & interpp. ibid. ubi ad objectiones respondet.

XIII. Et bonam fidem, *quae est animi sententia, fidentis auctorem suum fuisse dominum. l. 109. de V. S. pr. Inst. de usuc. ibi: cum crederet eum esse dominum. l. 32. §. 1. π. h. t. l. 27. de cont. em. l. 3. pr. π. de L. Fab. de Plag.* *Minus recte per conscientiam vel simile quid describitur:* *Est enim B. F. ut* [illegible] *jure accipitur, non in intellectu practico, sed speculativo, nec subjicit possessionis animo qualitatem a possessoris judicio dependentem; sed in solo auctoris jure acquiescit.* *Ideoque haec fides conscientia prior est, & ex fide haec quaedammodo elicitur, tanquam conclusio practica, ut non ideo bona fide demum possideatur, cum conscientia judicat, juste teneri: sed ideo conscientia ita judicet, quia fiditur auctori, de jure suo affirmanti. Vide disput. nostr. de veritate praestanda thes. 6.* *Ergo dubitans non est bonae fidei possessor, sive sermo sit per comparationem ad quaestionem speculativam, ut loquuntur, sive practicam.* *Dubium ratione quaestionis speculativa est, utrum quis rem a domino habeat, & sua propterea sit, nec ne.* *Ratione quaestionis practicae dubitatur, an si in hoc incertus, an rem a domino habeat, dubitet quis, an usucapere possit? quam di-*

Bona fides quid?

Ea non recte per conscientiam &c. describitur.

Dubitans non est b. f. possessor.

Dubium est vel ratione quaestionis speculativae vel practicae.

distinctionem prensat Fachin. l. 65. & 8. 34., tam ex parte tradentis, *si res mobilis, ne in vitium furti cadat. l. 1. 4. 6. 7. C. pro emt.* quam possidentis. * *Quam ab initio possessionis adfuisse sufficit. l. 48. §. 1. ff. de A. R. D. l. 48. de usurp. l. 2. pr. pro. emt. l. un. C. de usucap. transf. In cæteris contractibus tempore traditionis: in emtione venditione insuper etiam contractus. l. pen. ff. de usurp. l. 2. §. 1. ff. pro emt. secus atque jure Can. usu recepto. c. 5. c. ultim. X. de præscript.* B. fides in dubiis præsumitur. *In dubio autem bona fides præsumitur. Alciat. de præsumt. reg. 3. præsr. 5. Si sit cum titulo, donec mala fides vel ex denunciatione. l. 17. C. de R. V. vel aliunde probata fuerit.* Menoch. 2. arb. c. 225.

AD THES. XIII.

NON EST B. F. POSSESSOR] Ergo de jure civili non potest usucapere, si ab initio dubitaverit; de jure Canonico vero, quod bonam fidem continuo requirit, etiamsi medio demum tempore dubitare incipiat.

QUAM DISTINCTIONEM PRENSAT FACHINÆUS] Qui usucapionem impediri putat per dubium practicum, non vero per speculativum. Sed videntur tamen hæ duæ opiniones conciliari posse, si distinguas cum Dn. Struvio inter dubium leve & probabile, quem vid. *exerc. 43. th. 12.*

INSUPER ETIAM CONTRACTUS] Vid. *Struv. exerc. 43. th. 15. & in restinct. ibid.*

XIV. Tum continua, *per tempus lege definitum*, triennii in rebus mobilibus, *pr. Instit. h. t. l. un. C. de usuc. transf.* in immobilibus inter præsentes *olim biennii, ut est apud Plinium lib. 5. Ep. 1. Boeth. Top. lib. 2. Cicero pro Cæcinna; lex auctoritatem fundi jubet esse biennium, id est, jus vindicandi. Vid. Dissert. nostram. 2. ad Quinq. decis. c. 1. num. 14.* hodie decennii, vicennii, inter absentes, *d. pr.* Absens quid? *Absens autem intelligitur, qui non in eadem provincia domicilium habet. l. fin. C. de præscr. long. temp. Et ista præsentia vel absentia non tam consideratur ratione personæ, quam domicilii, an uterque habeat in eadem provincia domicilium, licet absit corpore. Schneidewin. Inst. h. t. de spec. præscr. num. 2. Ergo contra eum, qui in eadem quidem provincia cum usucapiente est, in alia tamen domicilium habet, ut non contra præsentem, sed veluti absentem usucapio complenda. Bald. p. 1. par. pr. 4. q. 2. Et si quis pluribus locis domicilium

lium habet, singulorum domiciliorum ratione pro præsente habetur. Et contra vagabundus, ἄοικος, ἀνέστιος ubique pro præsente habetur, quasi totius mundi incola. Cujac. par. Cod. de præsc. long. temp. Eadem autem provincia intelligitur, quæ eidem regimini subest. Schneidevv. ibid. Non vero a momento ad momentum computari debet, uti alias fit in ætate minorum l. 3. §. 3. ff. de minor. Inque actionibus personalibus & temporalibus. l. 6. ff. de O. & A. l. 99. §. 1. ff. de V. O. sed de die ad diem. l. 7. ff. de usucap. ita ut postremus dies cœptus habeatur pro completo. l. 6. cod. l. pen. pr. de div. & temp. præscr.

Vagabundus ubique pro præsente habetur.

Eadem provincia.

AD THES. XIV.

ERGO CONTRA EUM] Dubito an in hac materia argumentum a contrario sensu procedat. Nam usucapionis civilis potissima ratio est pœna negligentiæ. Ergo qui domicilium in loco habet, quamvis corpore absens sit; tamen contra eum præscriptio currit, tanquam præsentem, quia imputare sibi debet, quod non diligentem rerum suarum administratorem reliquerit. At qui præsens in loco est, ubi contra eum usucapitur, quamvis domicilium ibi non habeat, nihil afferre poterit pro pallianda negligentia sua.

UBIQUE PRO PRÆSENTE HABETUR] Non quod vagabundus ubique domicilium habeat (nam contrarium, & quod vagabundus nullo domicilio gaudeat, latius ostendi in differt. *de eo, qui est sine domicilio*) Sed quod, etiamsi nullibi domicilium habeat, tamen ubique locorum, ubi corpore præsens est, quemadmodum forum sortiatur, ita & usucapio contra eum currit, quod sententiam nostram *in annot. præced.* magis firmat. Dico, ubi corpore præsens est, nam quod contra vagabundum etiam in eo loco, ubi non est corpore, nec unquam fuit, usucapio, tanquam contra præsentem, currat, ego non arbitror. Etsi forte hæc mens sit Cujacii & Auctoris, merito ab ea secedo.

XV. Continua autem est, & quæ a successore continuatur, *quod singulari jure receptum, cum alias possessio nec in suum heredem ipso jure transeat, ut dissert. 6. aphoris. 17. dictum*, * sive universali, *ita nempe, ut illi prosit, antecessorem in bona fide fuisse; quamvis ipse sit in mala: Et noceat viceversa §. 2. Instit. quia repræsentat* * *defunctum*, sive singulari, *dummodo uterque bonam fidem habeat. Tum enim tempora conjunguntur. l. 13. §. 1. de A. vel A. P. Ceterum fides antecessoris uno nocet, nec prodest, nisi ejus possessione uti*

Successori singulari fides antecessoris nec prodest nec nocet.

nti volet. l. 2. §. 17. & §. 20. ff. pro emt. l. 5. ff. de div.. & temp. presc. juncta. l. 13. §. 1. π. de A. P. nisi in rebus immobilibus, quando auctor immediatus mala fide possedit. auth. Malæ fidei C. de præscr. long. temp. Igitur oportet hoc casu, ut aut domino sciente a me possideri, & t acente per 10. aut 20. ann. Aut per 30. annos etiam ignorante domino possederint.

Interrumpitur s. usurpatur possessio naturaliter. Res illustratur exemplis.

XVI. Interrumpitur, seu usurpatur possessio vel naturaliter, cum quis ipso facto possessionem amittit. *l. 1. §. 22. l. 15. ff. de usuc. l. 5. h. t. ut si quis mortuum in eum locum intulerit, quem possedit. l. 30. §. 1. de adq. poss. si quis servum manumiserit, quem possedit. l. 30. §. 4. h. t. Item captivitate ab hostibus, ut neque usucapienti capto, si revertatur. l. 23. § 1. Ex quib. caus. maj. si is, qui is, neque ejus heredi, si apud hostes moriatur, prosit: Nihil enim potest possidere, qui ab alio possidetur. l. cum heredes. 23. §. 1. de A. P. l. 12. de adult. Nec postliminio possessio restituitur, quia facti l. 12. §. facti. 2. ff. de capt.*

An per litis contestationem civiliter interrumpitur possessio?

An & civiliter per litis contestationem. *Nego. per l. 2. §. ult. π. pro Emt. l. 2. π. pro don. l. si poss. 18. ff. de R. V. l. Julianus 9. §. perinde. π. ad Exhib. Giphan. ad l. sing. de usucap. transf. Secus in præscriptione. l. 2. l. nec bona. 10. C. de præscr. long. temp. l. mora. 26. C. de R. V. Diversitatis ratio hæc est, quod in usucapione bona fides initio tantum possessionis necessaria erat, nec frangi putabatur, ob supervenientem malam fidem. l. bona fides 48. §. 1. de adquir. rer. dom. l. pen. ff. pro emt. l. uni. C. de usuc. transf. Præscriptio vero nititur æquitate, secundum quam non potest videri justus possessor is, qui inique incipiat possidere l. nemo 10. C. de acqu. possess.*

AD THES. XVI.

INTERRUMPITUR] Quandoque etiam impeditur saltem. *Vid. Strub. exerc. 43. th. 26.*

AN ET CIVILITER PER LITIS CONTESTATIONEM.] Distinguo inter Jus vetus & novum; de jure veteri concedo; de jure vero novo Justinianeo, quo usucapio & longi temporis præscriptio inter se commistæ sunt, quæstionem affirmo, & ad textus ssrum in contrarium adductos respondeo; eos per jus Cod. esse abrogatos. Ceterum quia moribus sequimur Jus Canon. quod in usucapione bonam fidem perpetuo requirit, inde præscriptio-

ptionis interruptionem inducit non solum litis contestatio, [illegible] etiam sola citatio, imo & interpellatio extrajudicialis testato facta, quia hæ omnes malam fidem inducunt. *Conf. Carpz. P. II. c. 7. d. 4. & 6.*

XVII. Sequitur longi temporis præscriptio, quæ est acquisitio, *sicut usucapio, ad cujus exemplum fuit introducta*, securitatis perpetuo possidendi, *neque enim dominium per eam quæritur, neque possessio, cum jam possideat, qui præscriptione se tuetur. videatur l. 15. §. ult. ff. de cond. ind. ibi: possessionem tuam fecissem: l. longi. 7. C. de præscr. long. temp. ibi: diuturnitate possessionis parta in securitatem.* per usum justum, *nascitur enim securitas hæc possessionis, ex continuatione possidendi, non aliter, atque usucapio.* tempore longo, *decennio, vicenniove* continuatum. *l. 2. C. de præscript. long. temp. l. 1. C. eod. tit. l. penult. & ultim. C. de præscr. long. temp. Paul. 5. sent. 2 Introducta autem est quasi in suppetias usucapioni, ut ubi hæc deficeret, ista succurreret. l. 2. C. quib. non obst. long. tempor. præscr.* Ita piscatio in diverticulo fluminis, *si quis longo tempore solus ea usus*, defendendo *fuit. Neque enim locus usurpari poterat, quia publicus. l. 45. ff. de usurp. Neque jus piscandi, cum hoc sit incorporale, ac proinde usucapionis expers. l. servus. 43. §. 1. de A. R. D.* Ita res civitatis adquirebantur. *Non enim poterant usucapi. l. usucapionem. 9 ff. de usurp. l. cum sponsio. 10. §. in vectigalibus. ff. de publ. in rem.* At præscriptionem admittunt. *l. 1. C. de præscr. long. tempor.*

Longi temporis præscriptio quid?

L. T. præscriptio introducta est in suppetias usucapioni.

AD THES. XVII.

SEQVITVR LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIO] Quæ hic Auctor de præscript. long. temp. ejusque ab usucapione differentia per 4. theses recenset, ea omnia spectant ad Jus vetus, nec ullum fere jure noviore usum præbent, cum Imperator *l. un. C. de usucap. transform.* quæ est una ex 50. decis. omnem differentiam inter usucapionem & præscriptionem sustulerit *arg. verb. final. inutilibus ambiguitatibus & differentiis sublatis. Conf. Strub. exerc. 43 th. 5. Taber. Part. Elem. P. 2. thes. 20.*

NEQVE ENIM DOMINIVM] Hodie utique etiam dominium *arg. d. l. un. C. de usucap. transform. pr. Inst. de usucap. Adde Ricci A. sell. 3. §. 44.*

ITA PISCATIO IN DIVERTICVLO FLVMINIS] Aliter hanc quæstionem resolvit Auctor supra *dissert. 6. th. 3.* Ubi vide, quæ annotavi.

AC PROINDE] Sed loquitur *d. l. 43. §. 1.* de vera traditione & usucapione.

Digitized by Google

ne. Jam ergo, quemadmodum res incorporales possunt quasi tradi, & quasi possideri; ita & possunt quasi usucapi. *Conf. differt. 6. th. 16. in fine & differt. 7. th. 19.*

AT PRÆSCRIPTIONEM ADMITTUNT] Sed hoc ex *d. l. 1. C. de præscript. long. temp.* haud quaquam probatur. Quamvis enim ibidem in fine dicatur, quod etiam decisio casus in lege contenti, *in republ. servari debeat*; tamen hæc verba minime ad res reip. sunt trahenda, sed eorum sensus perspicuus est iste: eadem scil. observanda esse in republ. si hæc usucapiat res privatorum, vel etiam si privatus adversus remp. usucapiat, non res civitatis publicas, sed res quasi privatas.

Res fisco nunciatæ acquiruntur præscriptione. l. temporis.

XIIX. Eadem præscriptione, *nempe vicennaria*, res fisco nunciatæ adquirebantur. *l. in omnibus, 13. ff. de div. & temp. præscript. l. anim. 2. & l. seq. ff. de req. vel abs. dam. l. 1. §. præscriptio ff. de jure fisc. Neque enim usucapi potuisse, supra dictum. per l. quamvis. 18. ff. de usurp. §. res fisci. Instit. eod. l. 2. C. comm. de usucap. Quæ præscriptio incipit ab ipso tempore factæ nunciationis currere. l. 1. §. præscriptio ff. de jure fisc. Non obstante etiam mala fide. l. 2. ff. de requir. vel abs. dam.*

Et servitutes & reales & personales.

Et servitutes, tam reales, quam personales. *Etsi Aurelius Galvanus, JCtus excellentissimus, peculiari quodam modo, qui nec usucapio, nec præscriptio sit, eas capi statuat. n 11. & 12.*

AD THES. XIIX.

NEQUE ENIM USUCAPI POTUISSE] Scil. jure veteri; Jure Justinianeo novo tamen poterunt per *d. l. un. C. de usucap. transform. Conf. Strub. exerc. 43. th. 10.*

ET SERVITUTES] *Vid. differt. 7. th. 19.*

Effectus præscriptionis non est dominium; sed securitas perpetuæ possessionis.

XIX. Effectus præscriptionis est, ut, *non quidem dominium*, sed securitatem perpetuæ possessionis tribuat. *L. 15. §. ultim. de Cond. ind. Neque obstat, quod longi temporis præscriptio in rubr. Instit. de usucap. inter modos adquirendi dominii, jure civili referri videtur. Nihil enim verius, quidquid obluctetur Bacch. ad d. rubr. quam corruptam esse hanc inscriptionem, legendamque: LONGI TEMPOR. POSSESSIONIBUS, quæ possessiones nihil aliud sunt, quam usus pro rer. immobilium. Probant hanc lectionem omnia MSCta & Theophili paraphrasis Græca; totaque sub illa* ru-

rubrica tractatio, sub qua nihil de præscriptione, actionem utilem. *l. si duo. 14. §. 1. ff. de Jurej. l. pen. C. de præscr. 30. vel 40. ann.* Et exceptionem pariat. *arg. rub. ff. de divers. tempor. præscript. quæ collecta in tractatu de exceptionibus.*

AD THES. XIX.

NEQUE OBSTAT] Quicquid hujus sit, sufficit, quod *d. l. un. C. de usucap. transform.* omnes differentiæ sunt sublatæ.

ACTIONEM UTILEM] Hodie etiam directam *arg. d. l. un.*

XX. Denique differunt usucapio & longi temporis præscriptio I. Origine. *Usucapio ex LL. XII. præscriptio ex constitutionibus Principum descendit. Forte sub Hadriano. Ante enim hujus tempora ejus nulla mentio.* II. Tempore. *Usucapio aut triennio, aut longo tempore. l. un. C. de usuc. transf. Præscriptio solo longo tempore absolvitur. t. t. C. de præscr. long. temp.* III. Usucapio currit contra Minores: Præscriptio non currit. IV. Usucapio litis contestatione non interpellatur: Præscriptio interpellatur, *& quidem, secundum Dd. sola citatione, quod putant probari, l. 3. pr. C. de præscript. 30. ann. Quod Jure Saxonico usu fori obtinuit. Carpzov. 2. consist. 7. d. 2.* V. Usucapio producit actionem directam: Præscriptio utilem. VI. *Usucapione extinguitur dominium pristini domini ipso jure: Præscriptione, ope exceptionis.* VII. *Usucapio in re obligata non currit contra creditorem pigneratitium. l. usur. 7. C. de pign. l. justo. 44. §. non mutat. ff. de usurp. Currit præscriptio. l. 1. & 2. C. si adv. cred. præscr. opp. l. creditor. 12. ff. de div. temp. præscr.* Differunt usucapio & long. temp. præscriptio 7. modis.

AD THES. XX.

DIFFERUNT] Ex his differentiis remansit *prima*, quia factum infectum fieri nequit, item *secunda*, quæ tamen differentia hodie magis est nominis, quam rei, quod scil. terminus præscriptionis non ita facile de usucapione rerum mobilium soleat prædicari. Reliquæ differentiæ, nimirum 3. 4. 5. 6. 7. omnes per *d. l. un. C.* videntur esse sublatæ.

USUCAPIO IN RE OBLIGATA] Ratio, quia antiquitus etiam res immobiles biennio usucapiebantur, *pr. Inst. de usucap.* Actioni hypothecariæ vero, tanquam reali, per longum tempus præscribitur. Ergo cum hodie per *d. l. un. C.* etiam in immobilibus bonis usucapio longi temporis locum habeat, inde ratione bonorum immobilium, respe-

 ctu

cu actionis hypothecariæ inter usucapionem & præscriptionem differentia non erit. *Conf. Brunnem. ad tit. C. si advers. cred. præscript. opponatur.*

XXI. Sunt & aliæ præscriptiones, ut tridui. *l. 3. C. de errore adv.* triginta dierum. *l. 14. §. 2. C. de non numer. pecun.* unius anni. *l. 5. C. de inj.* biennii. *l. fin. C. de dol. mal. t. t. Instit. de lit. abl.* quinquennii. *l. 8. §. fin. ff. de inoff. testam. & l. 4. C. de vect. Vide Eustath. περὶ χρονικῶν διαστημάτων, apud Cujac. tom. 1. p. 297.* Triginta vel quadraginta annorum, *quæ longissimi temporis appellatur. Ubi sic distingue: Aut sola negligentia domini præscribenti nititur, ut si creditor intra 30. annos non agat, quo casu præscriptio nil nisi exceptionem prabet, qua post tantum temporis acturas excluditur: Aut præter tempus, & possessione nititur præscribens, ut si possideat bona quidem fide, sed sine titulo. l. 8. de præscript. 30. vel 40. ann. Si servitute absque scientia & patientia domini usus fuerit. l. 4. l. 7. C. d. t. Si possideat bona fide rem ad usucapiendum inhabilem. l. 8. C. de præscr. 30. vel 40. ann. auth. nisi triennale. C. de bon. mat. Auth. malæ fidei. C. de præscr. long. temp. Quod si mala fide quis possidet rem vitiosam, solam habet exceptionem præscriptionis, actionem non habet.* Centenaria, *quam dederat Ecclesiis Orientalibus Justinianus. l. 23. C. de SS. Eccl. a Quæstoribus pecunia corruptis extortam, (ut refert Procopius, historia arcana) ingratiam Emesenæ Ecclesiæ: Postea ad Occidentales porrexit. Nov. 9. Sed postea penitus sustulit Nov. 111. p. Nov. 131. c. 6. quadragenaria substituta: Sola Romana centenariam retinente. Auth. Quas actiones. C. de SS. Eccl. Sed hæc auth. valde dubia fit ἀνθεντίας. Cum exceptio ejus in fontibus non appareat. Vide Cujac. de divers. temp. præscr. c. 31. & O. 5. commentario ad c. 13. & 14. X. de præscr. Giphan. ad l. ut inter divinum. & aut. quas rationes. C. de SS. Eccl. Pinell. ad auth. nisi triennalitium, 57. C. de bon. mat. Dn. Wissenbach. in syll. Err. Irner. ab eph. 1. ad 6. Mihi videtur Irnerium nequaquam, quod in authenticam inseruit, ex sese finxisse: Sed ex praxi Romanæ Ecclesiæ sui temporis didicisse. Et sane Eclogæ Basilicorum, lib. 2. tit. 3. in scholio tribuunt Romanæ Ecclesiæ disertim adhuc hanc centenariam. Quod prorsus*

Præscriptio longissimi temporis, quæ?

Præscriptio centenaria.

Expl. Auth. Quas actiones, C. de SS. Eccles.

In qua Irnerius nihil ex sese finxit.

dis

dubio non fecissent, si post Iustinianum hæc præscriptio non revixisset, vel potius, si Ecclesia Romana Novellam 111. ad se pertinere unquam putasset. Vide omnino Itinerium nostrum non errantem cap. 3.

AD THES. XXI

UBI SIC DISTINGUE] Adde omnino Struv. *exerc. 43. th. 19. & 20.*
SED EX PRAXI ROMANÆ ECCLESIÆ] *Vid. iterum d. exerc. 43. th. 19.*

XXII. Sequitur alter modus singularis, Donatio, quæ est actus, quo rem gratuito in aliquem conferimus. Estque vel mortis causa, vel inter vivos. Illa fit cogitatione mortis *vel suæ, vel alterius. l. 18. pr. h. t.* aut periculi alicujus. *l. 2. & pass. t. t. ff. de mor. cau. don. sive jam instantis: sive formidati. l. 3. cum ll. seqq. π, h. t. Modo expresse mortis mentio facta erit. Alias donatio inter vivos præsumeretur. Dn. Carpzov. 5. Resp. 55. t. 7. num. 2. cum moriens potius donet. l. Seja. 42. §. ult. h. t. Formulæ istæ: Si quid mihi humanitus contigerit: si quid acciderit, si quid mihi facile acciderit l. 162. §. 1. de V. S. Occurrunt in L. 26. ff. depos. l. 41. §. 12. de leg. 3. Græci, ἐάν τι συμβῇ, ἐάν τι πάθω, ἐάν τι συμβῇ ἀνθρώπινον, sic Xenophon donarium Dianæ confectum & apud Megabyzum æditu um relictum hac lege, ut, si salvus e prælio rediisset, sibi restituatur, cavit; sin quid accideret, εἰ δέ τι πάθοι, Megabyzus Dianæ dedicaret, Xenoph. ἀναβασ. lib. 5. p. m. 274. num. 10 Sic Philippus Rex Argivorum urbem Nabidi velut fiduciariam dedit, ut victori sibi restitueret, si quid adversi accidisset, ipse haberet, Liv. lib. 32. c. 38. Adde donationem Telemachi apud Homer. 17. Odyss. §. 1. Instit. h. & Herculis apud Euripidem Alcestide.* * *Quid vero, si mortis facta mentio quidem, sed clausula de non revocando adjecta? Degenerasse in donationem inter vivos videtur. L. ubi ita. 27. h. t. Dn. Carpzov. d. l. num. 11. Nisi aliquis casus sit, in quo maneat revocabilis, l. 17. h. t. Covarr. p. 2. de test. n. 13. Fach. 5. 23. Vasq. 3. Contr. 51.*

Donatio quid.
Donatio mortis causa.
Ad mort. caus. donationem requiritur, ut expresse mortis mentio fiat.

Si in donatione, mortis sit facta mentio, sed clausula de non revocando adjecta, degenerat in donationem inter vivos.

AD THES. XXII.

SEQUITUR ALTER MODUS SINGULARIS] Quatenus donatio sit modus civilis acquirendi dominii, eleganter post alios explicat Huber. ad tit. *Inst. de donat. th. 1.*

ctu actionis hypothecariæ inter usucapionem & præscriptionem differentia non erit. Conf. Brunnem. ad tit. C. si adversus cred. præscript. opponatur.

XXI. Sunt & aliæ præscriptiones, ut tridui *l. 3. C. de errore adv.* triginta dierum *l. 14. §. 2. C. de non numer. pecun.* unius anni *l. 5. C. de inj.* biennii *l. fin. C. de dol. mal. t. t. Instit. de lit obl.* quinquennii *l. 8. §. fin. ff. de inoff. testam. & l. 4. C. de vect. Vide Eustath. περὶ χρονικῶν διαστημάτων, apud Cujac. tom. 1. p. 297.* Triginta vel quadraginta annorum, *quæ longissimi temporis appellatur. Ubi sic distingue: Aut sola negligentia domini præscribens nititur, ut si creditor intra 30. annos non agat, quo casu præscriptio nil nisi exceptionem præbet, qua post tantum temporis acturus excluditur: Aut præter tempus, & possessione nititur præscribens, ut si possideat bona quidem fide, sed sine titulo. l. 8. de præscript. 30. vel 40. ann. Si servitute absque scientia & patientia domini usus fuerit. l. 4. l. 7. C. d. t. Si possideat bona fide rem ad usucapiendum inhabilem. l. 8. C. de præscr. 30. vel 40. ann. auth. nisi triennale. C. de bon. mat. Auth. malæ fidei. C. de præscr. long. temp. Quod si malâ fide quis possidet rem vitiosam, solam habet exceptionem præscriptionis, actionem non habet.* Centenaria, *quam dederat Ecclesiis Orientalibus Justinianus. l. 23. C. de SS. Eccl. a Quæstoribus pecunia corruptus extortam, (ut refert Procopius, historia arcana,) in gratiam Emesenæ Ecclesiæ. Postea ad Occidentales porrexit. Nov. 9. Sed postea penitus sustulit Nov. 111. p. Nov. 131. c. 6. quadragenaria substituta: Sola Romana centenariam retinente. Auth. Quas actiones. C. de SS. Eccl. Sed hæc auth. valde dubiæ fit αὐθεντίας. Cum exceptio ejus in fontibus non appareat. Vide Cujac. de divers. temp. præscr. c. 31. 51. O. 5. commentario ad c. 13. & 14. X. de præscr. Giphan. ad l. ut inter divinum. & aut. quas rationes. C. de SS. Eccl. Pinell. ad auth. nisi triennalis. num. 57. C. de bon. mat. Dn. Wissenbach. in syll. Err. Irner. ab eph. ti. ad 6. Mihi videtur Irnerium nequaquam, quod in authenticam inseruit, ex sese finxisse: Sed ex praxi Romanæ Ecclesiæ sui temporis didicisse. Et sane Ecloge Basilicorum, lib. 2. tit. 3. in scholio tribuunt Romanæ Ecclesiæ disertim adhuc hanc centenariam. Quod protul*

Præscriptio longissimi temporis, quæ?

Præscriptio centenaria.

Expl. Auth. Quas actiones, C. de SS. Eccles.

In qua Irnerius nihil ex sese finxit.

du-

dubio non fecissent, si post Iustinianum hæc præscriptio non revixisset, vel potius, si Ecclesia Romana Novellam 111. ad se pertinere unquam putasset. Vide omnino Itinerium nostrum non errantem cap. 3.

AD THES. XXI

UBI SIC DISTINGUE] Adde omnino Strav. *exerc. 43. th. 19. & 20.*
SED EX PRAXI ROMANÆ ECCLESIÆ] *Vid. iterum d. exerc. 43. th. 19.*

XXII. Sequitur alter modus singularis, Donatio, quæ est actus, quo rem gratuito in aliquem conferimus. Estque vel mortis causa, vel inter vivos. Illa fit cogitatione mortis *vel suæ, vel alterius. l. 18. pr. h. t.* aut periculi alicujus. *l. 1. & pass. t. t. ff. de mor. cau. don. sive jam instantis: sive formidati. l. 3. cum ll. seqq. π. h. t. Modo expresse mortis mentio facta erit. Alias donatio inter vivos præsumetur. Dn. Carpzov. 5. Resp. 55. t. 7. num. 2. cum moriens potius donet. l. Seja. 42. §. ult. h. t. Formula istæ: Si quid mihi humanitus contigerit: si quid acciderit: si quid mihi facile acciderit l. 162. §. 1. de V. S. Occurrunt in l. 26. ff. depos. l. 41. §. 12. de leg. 3. Græci, ἐάν τι συμβῇ, ἐάν τι πάθω, ἐάν τι συμβῇ ἀνθρώπινον. sic Xenophon donarium Dianæ consecratum & apud Megabyzum æditumum relictum hac lege, ut, si salvus e prælio redisset, sibi restituatur, cavit; sin quid accideret, εἰ δέ τι πάθοι, Megabyzus Dianæ dedicaret, Xenoph. ἀναβάσ. lib. 5. p. m. 274. num. 10. Sic Philippus Rex Argivorum urbem Nabidi velut fiduciariam dedit, ut victori sibi restitueret, si quid adversi accidisset, ipse haberet, Liv. lib. 32. c. 38. Adde donationem Telemachi apud Homer. 17. Odyss. §. 1. Instit. h. & Herculis apud Euripidem Alceside. * Quid vero, si mortis facta mentio quidem, sed clausula de non revocando adjecta? Degenerasse in donationem inter vivos videtur. l. ubi ita. 27. h. t. Dn. Carpzov. d. l. num. 11. Nisi aliquis casus sit, in quo maneat revocabilis. l. 17. h. t. Covarr. p. 2. de test. n. 13. Fach. 5. 23. Vasq. 3. Contr. 51.*

Donatio quid? Donatio mortis causa. Ad mort. caus. donationem requiritur, ut expresse mortis mentio fiat.

Si in donatione, mortis sit facta mentio, sed clausula de non revocando adjecta, degenerat in donationem inter vivos.

AD THES. XXII.

SEQVITUR ALTER MODUS SINGULARIS] Quatenus donatio sit modus civilis acquirendi dominii, eleganter post alios explicat Huber. ad tit. *Inst. de donat. th. 1.*

ILLA FIT] Notanda omnino tres species mortis causa donationis, quas e Juliano recenset Ulpianus *in l. 2. ff. h.*

DEGENERASSE IN DONATIONEM] Satis clara est allegata *l. 27. h. tit.* ut caussam non videam, cur post alios Ludov. *exerc. 6. th. 8. lit. b.* statuat, hujusmodi donationem manere donationem mortis causa. Nam nec definitio mortis causa donationis, quae *in fin. §. 1. Inst. de donat.* continetur, ad hanc speciem applicari potest. Nec obstat: donatio inter vivos manet talis, etiamsi adjiciatur pactum de revocando, ergo quoque donatio mortis causa manet talis, etiamsi adjiciatur pactum de non revocando. Nego consequentiam, quia donatio inter vivos, non obstante pacto hoc, in reliquis efficaciam suam retinet, non ita species allata mortis causa donationis *d. l. 27. hoc tit.* Et satisfecit, ut puto, rationibus Lodwelli Eckolt. *ad tit. de m. c. donat. §. 10.* *Conf. Strub. exerc. 41. th. 36. ibique in resol.* Caeterum de hujusmodi donandi formula consule etiam quoad praxin Carpzov. *P. III. c. 11 d. 39. & 40.*

XXIII. Haec, *etsi datis ob caussam & contractibus aequiparetur. l. 35. §. 3. quatenus initur duorum consensu, ut Contractus, nec confertur in ignorantem & invitum, ut legata. (Quamvis praesentiam praecise non requirat Hartm. Pistor. 1. q. 13. num. 6. Rauchb. p. 2. q. 16. num. 12. Vide Hotom. 4. Obs. 28. & 8. O. 18. Ant. Fab. 47. Err. prag. 1. Covarr. p. 3. de Testam. num. 16. Dn. Ben. Carpzov. d. l. num. 6.) dummodo procurator interveniat. Rauchb. d. loc. Imo si nemo intervenerit, defendi possit valere ut fideicommissum. l. 75. pr. de leg. 2. Hotom. 4. O. 28. in fin. Covarr. 3. rubr. de pact. tom. 1. num. 13. Nec pendet ab hereditatis aditione. Nec repellitur ab hac indignus, qui a legato. l. 5. §. 17. de his, quae ut indign. Tamen hactenus* legatis exaequata est *ratione effectus: Vide Aeg. Hortens. ad §. 1. Instit. de donat. Accurs. ad eundem §. Non vero ratione substantiae. l. ultim. C. h. t. §. 3. Instit. de donat.* sive cum testamento, sive ab intestato facta fuerit, *ut non sit perfecta, antequam mors sequatur. l. 32. h. & ita potest donari his, quibus & quomodo legari potest. l. 9. h. Hinc & requirit quinque testes. d. l. ult. C. h. t. nec defectum numeri, juramentum supplet, ut respondit Juridicus Ordo Lips. versus Witeberga, 8. Maji, 1619. Tubingenses. vol. 2. cons. 1. & donatario huic substitui potest. l. 1. C. h. Nec insinuatio necessaria d. l. ultim. (Se-*

M. c. donatio legatis exaequata est ratione effectus.

M. c. donatio requisita, testes.

cui jure Saxonico Electorio, quo talis donatio apud acta ut fiat, requiritur Nov. Aug. 3. 1. etsi septem testes adfuerunt domi, ut responderunt JCti Academiæ Lipf. 1. Feb. 1635. Diff. P. Heig. 2. q. 17.) ac Falcidiæ locus. l. 5. C. ad L. Fal. l. 2. C. de don. mort. cauf. Scilicet in donatione omnium bonorum. Etiam jure Saxonico, extra Electoratum. Dn. Carpz. 3. 1. 1. seqq. Et dominium secuta morte ipso jure transfertur. l. 1. in fin. & l. 2. de Publ. in rem act. Nam ante mortem donantis non nisi per traditionem dominium transire videtur. In donatione mortis caus. omnium bonorum, Falcidiæ locus est.

AD THES. XXIII.

DUMMODO PROCURATOR INTERVENIAT] Videtur Auctor loqui de Procuratore ex parte donatarii, sed Rauchbar. *d. l.* etiam procuratorem admittit ex parte donantis, a quo tamen dissentit Carpz. *P. III. c. 1. d. 36.*

RATIONE EFFECTUS, NON VERO RATIONE SUBSTANTIÆ] Convenientiam & disconvenientiam legatorum & m. c. donationis latius explicat Eckolt. *h. t. th. 6. & 7.*

REQVIRVT V. TESTES] Nec sufficiunt testes de audita, sed requiruntur testes de visu. *Carpz. P. III. c. 2. def. 30 n. 6.* a quo dissentit Berlichius *P. III. c. 2. n. 24.* quem sequitur Magnif. Dn. Stryke *de jure sensuum dissert. 3. c. 1. n. 35.* quia scil. donatio m. c. contractus naturam habeat. Posset tamen pro Carpzovio respondere: quod legatis sit adæquata m. c. donatio fere per omnia §. 1. *de donat.* & maxime in materia testium *l. fin. C. de donat. m. c. & ibi Brunnem.* Alias, si in materia testium ut contractus consideraretur, etiam duo testes sufficerent, vel etiam testes plane possint abesse, quod tamen est contra *d. l. fin.*

EXTRA ELECTORATUM] Nam in Electorato Falcidia non detrahitur *d. P. III. c. 2.* detrahitur tamen quarta Trebellianica *Carpz. d. P. III. const. 1. def. 7.*

XXIV. Filiusfamil. de profectitiis consentiente Patre *l. 25. §. 1. h. t. l. 7. pr. junct. §. 4. de don.* Et de castrensibus & quasi donare potest mor. c. *d. l. 7. §. 4. de don.* Non vero de adventitiis: Etsi pater usumfructum non habeat. *Quia de his non posset testari. l. pen. C. qui test. fac. poss. Ergo per l. 7. §. ultim. de donat. l. 1. §. 2. de Tut. & rat. distr. Diff. Fach. 5. controv. 25.* Et minor. 25. annis, sine curatoris consensu: *arg. l. 15. & 25. ff. de mor. cau. dom. Fachin. 5. Controv. 61. Rauchbart. 1. q. 32. num. 84.* Filiusfam. de adventitiis, etiam pleno jure ad se pertinentibus m. c. donare nequit. Mulier sine curatore mortis causa donat.

Vide A. Fab. 46. Err. 9. † *An & mulier sine curatore, Jure Sax. Adfirmo, Rauchb. 1. q. 32. Exceptis utensilibus seu gerada, quam plane non potest mor. cau. donare, ne cum curatore quidem. Nov. Aug. 2. 14.* * *An & conjuges? Planissime. l. 9. §. fin. l. 10. l. 11. ff. de don. inter vir. & uxor. l. pen. ff. de don. M. C. Vid. Vand. 1. q. 39. A. Fab. Err. 8. Decis. 44. & Decis. 46. Err. 1. Virg. Pingiz. 99. Sax. 43. pr. & num. 30.*

AD THES. XXIV.

ETSI PATER USUMFRUCTUM NON HABEAT] Imo & adventitia irregularia donare mortis c. potest filiusfamilias, non obstante ratione Auctoris, contra quam damus instantiam de peculio profectitio, de quo, nequidem consentiente patre, filiusfamilias testari potest *pr. Inst. quib. non est perm. fac. test.* & tamen de hoc, consentiente patre, potest m. c. donare, annuente ipso Auctore. Ratione itaque causæ efficientis videtur m. c. donatio contractus naturam retinuisse. Vide latius Eckolt. *h. t. §. 3. Add. Berl. P. III. conc. 1. n. 21.*

ET MINOR] Doctrinæ Juris civilis hæc decisio non videtur convenire, cum ratione causæ efficientis, ut modo dictum, m. c. donatio adhuc contractibus inter vivos annumeretur *arg. l. 25. h. t.* Jam vero minor 25. annis sine curatoris consensu contrahere nequit. *pr. Inst. de auct. tut.*

JURE SAXONICO AFFIRMO] Distingue tamen: Mortis causa quælibet mulier donare potest, sive maritata, sive virgo, sive vidua *P. II. const. 25. ibique Carpz. def. 10.* inter vivos non potest, nisi vidua & virgo, modo & harum donatio sit intra quingentos solidos. *Carpz. d. l. def. 15.*

PLANE NON POTEST MORTIS C. DONARE.] Potest tamen donare inter vivos, idque tam judicialiter, quam extrajudicialiter *P. II. const. 14.* Sed an in hac extrajudiciali donatione geradæ Curatore opus est? Negarunt Scabini Lips. quos sequitur Carpzov. *d. P. II. const. 14. def. 17.* affirmavit Ordo Juridicus Lipsiensis, cum quo facit Finckelthus. *observ. 2.* quam posteriorem opinionem approbavit quoque Serenissimus *dec. noviss. 22. Vid. Philipp. ibid. observ. 2.*

Donatio m. c. quot modis revocatur?

XXV. Revocatur pœnitentia. *§. 1. Instit. de don. l. 16. l. 30. h. t. sive expressa, sive tacita, ut si rem donatam alienaverit voluntarie. l. 22. l. 32. §. 5. ff. de don inter V. & U.* Evasione periculi, *si supervixerit §. 1. scil. eidem huic periculo aut morbo, ob quæ donat. Alias si sola mortis cogitatione donas, quamvis postea in morbum incidis, per convalescentiam non revocatur donatio: Schneidew.*

devo. h. l. num. 22. Morte donatarii ante donantem. *d. §. 1. l. 19. de reb. cred.* Per actionem in rem utilem. *l. 30. l. 35. §. 3. ff. de mort. caus. don.* condictionem ob causam dati. *d. l. 35. §. 3. Vide Bach. ad Tr. th. 9. E. G.*

XXVI. Donatio inter vivos vel absoluta est, vel ob causam. Absoluta fit mera liberalitate. *l. 1. l. 29. ff. de donat. l. 38. de R. I. l. 20. §. 3. ff. fam. erc. l. 25. in pr. C. de don. l. 34. in pr. C. eod.* quæ *olim quidem non nisi stipulatione munita, vel traditione perfecta: sed* hodie nuda voluntate & consensu utriusque perficitur. *l. 35. §. ult. C. de don.* * *Contractus tamen propterea non est: sed pactum legitimum. l. 35. C. de don. Condictionem ex L. producens. arg. l. 6. de pact. juncta. l. un. ff. de cond. ex L.* Nec insinuationem regulariter desiderans. *§. 7. Instit. h. t. l. 25. l. 29. C. de don.*

Donatio inter vivos.

Donatio non est contractus, sed pactum legitimum.

XXVII. Excepta donatione, quæ 500. solidos excedit, *quæ propterea insinuatione indiget. §. 2. Inst. h. t. l. 35. C. eod. ut nec insinuationi renunciari possit. arg. l. 55. de leg. 1. Coram quorumque Magistratu & judice facienda, etiam incompetente. l. 27. l. 36. C. h. t. Gomez. thes. recep. sent. in verb. insinuatio. Gail 2. O. 103. Dissentit Vandus. 1. q. 11. Gv. Pap. decis. 325. per l. 32. C. eod. Ius Saxonicum distinguit inter bona mobilia & immobilia. Hæc coram solo competente. Gloss. Lat.* LandR. *1. art. 52. Et ita responsum a Scab. Lips. an. 1563. teste Manuali Thomin.* Weichbild. *art. 20. & 60. Vide Gibh. ad l. 30. C. h. t. Gv. Pap. 335. Secus, atque in donatione mortem, quæ judicem competentem non desiderat. Ita decisum in Facultate Iur. Lips. 10. Iulii. an. 1619. per l. ult. C. de don. M. C. Etiam in donatione ad pias causas. l. 19. C. de SS. Eccl. l. 34. §. 1. C. de donat. Nisi specialiter excepta sit a necessitate insinuandi, ut si a Principe facta sit, vel Principi. l. 34. pr. & auth. item & a privatis. C. h. t. vel militi a Magistro militum. l. pen. §. 1. C. h. t. Sed ita neglecta insinuatione in casu, ubi ea opus est; non tota: sed pro parte tantum, quæ legitimam donationem excedit, invalida est. l. 34. C. h. t. Nisi juramentum defectum insinuationis de jure Canonico suppleat, arg. c. quamvis. de pact. in 6. Quod secuti sunt ICti Academici Lipsienses*

Insinuatio donationis fit etiam coram judice incompetente.

Neglecta insinuatione, donatio non tota invalida est, sed pro parte.

Eius-

Finckelthus. obs. 1. 6. n. 20. Contrarium respondentibus ICtis Scabinis apud Carpzov. Iurispr. Sax. p. 2. const. 16. def. 6. & const. 36. defin. 8. & p. 1. decis. 199. Quod si plures donationes ab eodem in eundem conferantur, quarum singula sint intra 500. solidos, universa vero eam excedant, videtur insinuatio non requiri. l. sancimus. 34. §. si quis autem per diversa. C. h.

AD THES. XXVII.

ETIAM INCOMPETENTE] Faciunt cum auctore Strur. exerc. 40. th. 40. Carpz. P. II. const. 12. def. 18. & lib. 5. Resp. 57. n. 2. Alii: Cum Vinnio facit Perez. ad tit. C. de donat. n. 29. Brunnem. ad d. l. 27. C. de donat. quorum sententia videtur verior per l. 30. & 31. C. h. t. Vid. Brunnem. d. l. ubi argumentis dissentientium satisfacit.

HÆC CORAM SOLO COMPETENTE] Et quidem is competens est, sub quo sita sunt. Carpz. lib. 5. Resp. 57. Illa vero coram quovis judice mixtum imperium habente. Carpz. P. II. c. 12. d. 18 & 19.

QVÆ JUDICEM COMPETENTEM NON DESIDERAT] Intellige de Jure Saxon. (quod vult, ut hæc donatio coram actis fiat. Vid. ib. 23. competentiam tamen Judicis non requirit Carpz. P. III. c. 1. d. 25.) Nam de jure civili donatio m. c. insinuatione plane non indiget.

CONTRARIUM RESPONDENTIBUS] Miscet Auctor quæstiones duas distinctas. *Prima* est, an insinuatio judicialis in donatione quingentos solidos excedente requisita possit suppleri per juramentum? Affirmativam post multos alios tuetur Finckelth. obs. 116. n. 20. 21. 22. & pro ea præjudicium JCtorum Lipsiens. adducit: Negativam defendit Carpz. P. II. c. 12. d. 14. quam approbavit Sereniss. decis. noviss. 26. Vid. Philipp. ibid. observ. 2. *Secunda* est, an, si mulier juri suo, bey dem Wort der ewigen Warheit, renunciaverit, renunciatio hæc pro jurata haberi debeat? Quam quæstionem idem affirmat Finckelth. d. obs. 116. negat vero iterum Carpz. loc. ab Auctore citat. cujus opinionem rursus confirmavit Sereniss. decis. noviss. 25.

VIDETUR INSINUATIO NON REQVIRI] Si scilicet plures istæ donationes per diversa tempora factæ fuerint d. l. 34. §. 3. Aliud, si uno tempore fiant, quia tunc fiunt in fraudem legis. Brunnem. ad d. l. 34. §. 3. Qui hanc limitationem in tantum extendit, ut nec valeant plures donationes eodem tempore in plures donatarios collatæ, quatenus quingentos solidos excedunt. De quo tamen mihi tam diu diversum placet, donec firmiores afferantur rationes.

Digitized by Google

XXVIII. Donare possunt omnes, *qui alienare, vel alias specialim*, non prohibiti *arg. l. 12. ff. de jud. Quales prohibiti sunt conjuges, de quorum donatione dissert. 3. & miles focariæ suæ donans. l. 2. C. de don. inter. Vir. & Ux. quæ erant concubinæ militum. Vide Merill. 8. Obs. 34. Lipsium 5. de milit. Rom. dialogo 18. Tiraq. l. 15. connub. num 24. parentes in potestate habentes, l. 11. C. h. t. nisi rem mobilem filio famil. donent, quæ transeat in peculium castrense. l. 4. C. fam. hercisc. Alias donatio non statim valet: sed morte parentis confirmatur, quasi donatio mortis causa: Idem est, si perseveret pater in ea voluntate, etiam post emancipationem. l. 25. C. de don. int. V. & Ux. l. 31. §. 2. de don. l. 17. C. eod. l. 2. C. de inoff. donat. Sive pater in suo testamento eam expresse confirmaverit: Sive rem filio tradiderit, filiive possessioni consenserit, videlicet si in ea voluntate permanserit, &, si summam 500. aureorum excesserit, insinuata sit. l. 2. C. Si quis alteri vel sibi. l. emancipatis. 17. C. h. t. Sed numquid donatio liberorum minorum patri facta subsistit. Adfirmat ordo Iurisconsf. Lips. Academia. Negant ICti Scabinatus. Carpzov. 6. Resp. 118.* Focariæ. Pater filiofam. donare nequit.

Res quaslibet in commercio. *l. 9. §. fin. junct. pr. Inst. de R. D.* etiam alienas. *arg. §. 4. Inst. de leg. & l. 1. ff. pro donat. Nec ad evictionem tenentur, nisi promisere. l. 14 §. fin. ff. h. t. l. 2. C. de evict.* Et bona universa, tam futura, quam præsentia. *arg. l. 17. §. 1. ff. quæ in fraud. cred. l. 34. §. 4. C. de donat. l. 8. C. de Rev. don. l. 5. C. de inoff. donat.* Donatarii ad evictionem non tenentur.

AD THES. XXIIX.

NEGANT ICTI SCABINATUS] Quorum opinio quoque veritati consentanea, quia scil. minores plane non possunt donare *l. ult. vers. cum autem donationes C. si major factus alienat.* Majores autem liberi patri utique donare poterunt per dicta a Carpz. *d. loc.* Et hæc opinio confirmata *decis. nobiss. 29.*

ETIAM ALIENAS] Non obst. *l. 9. §. fin. de donat.* Respondet enim Auctor ipse in *lin. antecd.*

XXIX. Revocatur vel ingratitudine donatarii. *§. 2. Inst. h. cujus causa l. ult. C. de rev. don. expresse, præter quas nullas alias, nec similes admittimus, nec majores. Videatur Dn. Bened. Carpzov. Iurispr. for. 2. 12. 31. etsi donatio Iurejur. confirmata. Carpzov. p. 2.* de-

decis. 123. Sed ab ipso donatore, non ejus heredibus. *l. 1. in fin. l. ult. C. de Rev. don. § 1. Inst. de perp. & temp. action.* Non si successor donatarii sit ingratus, *arg. l. 1. l. 7. in fin. & l. ult. C. de Rev. don.* An & contra heredes donatarii. N. Confer. Martin. Mager. de advoc. arm. c. 16. num. 260. per gloss. fin c. fin. & ibi Dd. x. de donat.*

AD THES. XXIX.

NEC MAIORES] Dissentit Dn. Struv. *exerc. 40. th. 15.* Sed nihil mo-to.

SED AB IPSO TESTATORE] *Adde omnino Struv. d. l.*

Inofficiosa donatio.

XXX. Vel propterea, quod sit inofficiosa, *liberis, parentibus, fratribus, ob eam legitima defraudatis, t. t. C. de inoffic. donat. Non quidem in totum: sed quoad legitimam. §. 4. in fin. C. d. t.* Et hac communis est sententia, quam sequitur Ordo Iuridicus Lips. Academiae; Ita enim responsum 9. Octobr. an. 1624.

AD THES. XXX.

SED QUOAD LEGITIMAM] Conf. Struv. *d. l. th. 14.* & Frantzk. *exerc. 5. qu. 9.* qui dissentientibus respondet.

An ob supervenientiam liberorum donatio rei particularis revocetur?

XXXI. Denique & propter supervenientiam liberorum non solum patroni, donantis liberto. *l. 8 C. de Rev. don. sed cujuscunque alterius. Quae opinio in forum recepta merito retinetur, nec temere mutanda est hac legis 8. interpretatio, quae tam diu certa fuit. l. 23. de LL. Cum consuetudo rerum similiter judicatarum vim legis habeat. l. 38. de LL. An autem ob supervenientiam liberorum donatio etiam rei particularis revocetur, vide Berlich. decis. 189. Quid si Ecclesiae donatum? Revocandam nihilominus esse constat. Mynsing. 6. Obs. 95. Et ita pronunciatum a ICtis Academiae Lips. 2 Martii ann. 1614. Et in causa revocanda Gerade, 22. Maji 1622. Si vero mater vidua liberis suis prioris matrimonii inter vivos donaret; Postea ad secunda vota transiens susciperet liberos, an donatio revocanda? Facultas Iuridica eadem negavit, ita tamen, ut salva sit liberis secundi matrimonii legitima. Quam sententiam inseruit obs. sua 60. Finckelthaus. Quid si liberi post donationem supernascentes decedant. Non convalescere donationem vult Bart. in l. 87. §. 3. de leg. 2. Quod secuta est Facultas Iuridi-*

ca

ca 22. Maji, ann. 1622. in causa revocandæ geradæ donatæ, versus Mulbergam. Dissent. Clar. q. 23. n. 9. Gomez. de donat. n. 12. Tiraq. ad L. si unquam. verba: susceperit. n. 224.

AD THES. XXXI.

QUÆ OPINIO IN FORUM RECEPTA] Vid. Huber. *ad Inst. de donat. th. 5. Adde Finckelib. obs. 36. & Carpz. P. II. const. 12. def. 32.*

XXXII. *Stante autem hac sententia; si liberi post donationem nati vivo testatore decesserint, non convalescit, cum ipso jure rescissa sit, si modo brevi post liberos & donator moriatur. Nam si tantum temporis supervixerit donator, quo declarare voluntatem revocandæ donationis potuit, neque tamen id fecit, rursus confirmata videtur donatio. arg. l. 12. de injust. rupt. irr. l. 14. §. pen. ad SConsult. Trebell. l. 3. in fin. C. de secundis Nupt. Sed numquid donator in præjudicium liberorum beneficio L. octava poterit renunciare? Adfirm. Tiraq. l. 8. pr. n. 90. Cum in d. l. 8. ratio habeatur patris, non liberorum: Et, natis liberis, donatio alicui facta excludit hoc remedium. Modo habeant legitimam. Dn. Bened. Carpzov. Iurispr. Forens. 2. 12. 13.* An pater beneficio l. 8. C. de Rev. donat. renunciare possit?

XXXIII. Donatio ob causam fit vel præteritam, ut remuneratoria, *de qua in l. 27. π. de donat. quæ nec proprie donatio, sed quædam quasi merces & precium officii. l. 34. §. ult. de don. Hinc nec ob ingratitudinem. l. pen. §. 1. de don. l. 27. eod. nec liberos natos revocatur. Tiraq. ad l. 8. C. de rev. don. n. 11. & seqq. In qua non sufficiunt allegata in genere merita: sed exprimenda est causa in specie. Mynf. cent. 4. O. 75. n. 2. 4. Carpz. p. 2. decis. 114. At Casus exceptos vid. ap. Mynf. d. loc. Tusch. concl. pract. 636.* Vel futuram (*quo possis & donationem M. C. referre*) ut vicissim quid detur aut fiat. *t. t. C. de don. quæ sub mod.* Donatio propter nuptias, *de qua supra Dissert. 3. th. 2.* Donatio remuneratoria non est proprie donatio.

DISSERTATIO IX.

De

Successione Testamentaria.

RESPONDENTE

JOHANNE KNIPPENBERG, Barckhusa Westphal.

Aphorismus I.

TAntum de modis adquirendi singularibus prioribus: Universales sunt Hereditas, Bonorum possessio, Adrogatio & Addictio bonorum libertatum conservandarum gratia, *§. ult. Inst. per quas pers. successio enim per Venditionem bonorum & ex SCto Claud. exspiravere, t.t. Inst. de succ: subl. quæ fiebat. l. un. C. de SCto Claud. toll. Vide Contium lib. 1. Disp. 12.*

Hereditas.

II. Hæreditas est Successio, *jus succedendi, seu facultas moralis succedendi*, in universum Jus, *dominium rerum hereditariarum, l. 37. ff. de adquir. her. & alia jura defuncti. L. 1. ff. si ager vect. l. 1. C. si unus ex plur. In actiones personales & reales, §. Inst. de perp. & temp. act. In exceptiones l. ult. ff. de Except. rei vend. l. 9. de probat. Exceptis iis, quæ in facto consistunt, l. 23. de adq. poss. Et jurib. personalib. l. 3. §. ult quib. mod usufr. am. l. 7. ff. de except.* quod defunctus, *inde viventis nulla est hereditas, l. 1. ff. de hered. vel act. vend.* habuit, *l. 24. ff. de V. S l. 62. ff. de R. J.*

Pacto hereditas non defertur.

III. Defertur vel testamento, vel ab intestato. *Non pacto, l. 5. de pact. conv. l. fin. C de pact. l. 4. de inutil. stipul. Vide A. Quettam conf. 26. Ne juramento quidem confirmato. Nisi miles pactus sit, l. 19. C. de pact. vel paciscens ad extremum vitæ halitum hoc animo maneat, l. fin. C. de pact. Vel moribus hodiernis pactum inter conjuges sit reciprocum, Gail. 2. Obs. 126. Manzius q. 38.*

AD

AD DISSERTAT. IX.

AD THES. III.

VEL MORIBUS HODIERNIS] Imo moribus hodiernis valent pacta de hereditate acquirenda, conservanda & amittenda. *Strab. exerc. 6. th. 44. Schütz. comp. tit. de pactis p. 38. Carpzov. ad P. II. const. 35.*

IV. Testamentum, *cujus essentia & forma non est a jure gentium, sed Civ. §. 34. Inst. de leg. it. junct. pr. vers. quos autem. Inst. de bon. poss. Quantumvis ultima voluntates cæteris quoque gentibus fuere usurpata, Vid. Merill. 8. obs. 25.* ex eo appellatur, quod sit testatio, *non qualibet*, sed mentis, *pr. Inst. de testam. ord.* * *Alias accipitur pro codice etiam, in quo scripta est testatio. l. 1. ff. quemadmodum testam. ap. l. 16 ff. ad L. Corn. de fals. Itemque pro successione testamentaria. l. fin. de bon. poss. sec. tabb. l. 14. ff. de his, quæ ut ind.* Est voluntatis nostræ justa, *juri consentanea*, sententia, *decretum*, de eo, quod quis post mortem suam, *quia ambulatoria hominis voluntas, usque ad vitæ exitum. l. 32. §. 3. ff. de don. int. Vir. & uxor. l. 4. de adim. & transf. leg. l. 22. de leg. 3.* fieri velit. — Testamenti essentia & forma est a jure civili.

AD THES. IV.

NON EST A JURE GENTIUM] A lege Gentium concedo. Habet tamen testamentorum formam genericam a moribus aliarum gentium cum dictamine rectæ rationis non pugnantibus. *Conf. Grot. lib. 2. cap. 5. §. ult.* Forma autem specifica testamentorum, præprimis solennium, est a jure civili.

DE EO, QUOD QVIS POST MORTEM SUAM] Supple: *de universis bonis suis*, ut contradistinguatur testamentum donationi, aut promissioni sub conditione mortis factæ.

V. Estque duplex, *olim triplex §. 1. Inst. de test. ord. Vide Theoph. h. Gell. 15. 17. Fallitur autem Guthrius de Jur. Pont. lib. 2. c. 6. qui testamentum per æs & libram factum esse calatis comitiis somniat.* Solenne, vel minus Solenne. Utrumque vel in scriptis, *cum testator vel per se, vel per alium voluntatem suam scripto comprehendit. l. 21. C. h. t. quacunque lingua. d. l. 21. §. fin. & tabulæ §. 12. Inst. h. t. l. 15. §. fin. C. eod. l. 1. pr. l. 4. ff. de bon. poss. sec. tabb.* vel sine scripto, *viva voce, §. fin. Inst. h. t. & l. 21. §. 2. C. & l. 21. pr. ff. eod. Nuncupativum Gloss. Græco-Lat.* διαθήκη ἄγραφος, *nuncupa-* — Testamentum per æs & libram non est factum calatis comitiis. — Nuncupare?

cupatur. Plin. 14. c. 21 Testamenta sua alii nuncupant. Nuncupare *igitur est voce seu lingua significare. Justinus de Alex. lib. 12. c. 15. fin. Etsi non voce Perdiccas nunciatus heres. Sic Horatius Augustum heredem nuncupavit, cum vi valetudinis non sufficeret signandis tabb. Et Augustus Claudium heredem inter tertios, ac pene extraneos e parte sexta nuncupavit. Suet. Claud. 4. extr.*

VI. In solenni considerari debent Persona, *quæ testamento hereditatem relinquere*, testator; *vel quæ ex testamento succedere potest*, heres; & modus tam testandi, quam succedendi.

Filii fam. ne quidem de peculio adventitio pleno testantur.

VII. Testari, *quia Iuris publ. est, ita ut nemo suo arbitrio id possit, vel a privato consequi, l. 3. ff. qui testam. fac. poss.* possunt Patresfam. *non filiifam. ne permittente quidem patre, pr. Inst. quib. non est permiss. fac. l. 6. l. 16. ff. & l. 3. C. eod.* * *Ne quidem de peculio adventitio, quod pleno jure habens, l. pen. C. qui test. fac. Quia de illis in quibus Pater habet usumfr. non erat dubium. Neque indigebat peculiari constitutione post. l. ult. § filius autem. C. de bon quæ lib. Tum quia l. pen. tractet de bonis, quæ filius sine consensu patris possidet, quorum plenam habere cum proprietatem constat ex d. l. ult. in pr. vers. ex contrario. (Nec emancipari potest ad hunc actum, ut quoad reliqua maneat in potestate, ut vult Duar.) Nisi in peculio Castrensi, Iuvenal. sat. ult. circa fin. Et quasi castrensi, quales sunt annona, id est, emolumenta, salaria. Gloss. ἀννῶνα, salarium. Assessoribus Lamprid. Alex. Spartian. Pescen. l. 7. C. de Assess. Advocatis, l. 7. §. 1. de donat. l. 15. π. de M. C. donat. Magistratibus præbita. Confer. Theoph. §. 6. Inst de T. mil. in quibus loco patrumfam. habentur, d. pr. Inst. h. t. l. 6. ff. de inj. rupt. irr. §. ult. Inst. de testam. mil. l. fin. C. de inoff. testam. l. 4. l. 14. C. de adv. div. jud.*

Peculium quasi castrense.

IIX. Prohibentur quidam natura, quidam lege. Natura *ob defectum vel animi* Impuberes, *§ 1. Inst. h. t. l. 5. l. 19. ff. & l. 4. C. eod.* * *Etiam cum autoritate tutoris, l. 1. §. 1. ff. de tut. & rat. distr. l. 32. de her. inst. Exceptis Vestalibus, quibus id permissum sexto anno. Sozom. Grot. sp. flor. h.* Furiosi, *l. 40 ff. de R. I. Excipe. l.* * *nisi testentur tempore intermissi furoris, d. §. 1. l. 9. C. eod. Per intercapedinatas exacerbationes, ut loquitur Cælius Aurelianus.*

Sic

Sic Lucretius amatorio poculo in furorem versus, aliquot libros per intervalla insaniæ scripsit. Euseb. Chron. lib. 1. Fabrot. ad Theoph. h. Quod in dubio non præsumitur. c. inducias. 3. q. 8. l. pen. C. de curat. furios. Iason. in l. patre furioso. 8. n. 5. ff. de his qui sunt sui vel al. ju. Sed quod ante furorem fecerunt, superveniens furor non infringit, l. ult. ff. de inj. rupt. irr. Quia furor, qui facti, non potest infirmare testamentum, quod juris, arg. l. 8. ff. de his, qui sunt sui. Excipe, II. nisi testamentum velle factum, tum enim in dubio habetur pro eo, quod tempore intermissionis, l. 2. qui test. fac. poss. l. 5. C. de Codic. ut actus valeat potius, arg. l. 24. l. 46. ff. de O. & A. l. 24. ff. de reb. dub. l. 80. de V. O. Exemplo est testamentum Tuditani ap. Valerium, 7. 8. 1.* Prodigi, *bonis interdicti, §. 2. Inst. h. t. l. 15. ff. eod. l. 40. ff. de R. I. Quid si bonis interdictus homo frugi? Adhuc prohibitum puto, arg. l. 11. vers. Prætor. ff. de I. & I. & I. & l. 207. de R. I.* Ebrii vero & irati testamentum non valere videtur, quia deliberato judicio destituuntur. c. 4. & 5. dist. 35. c. 14. X. de vita & hon. Cler. l. 48. de I.*

Testamentum ante furorem conditum cur superveniens furor non infringat.

Ebrii & irati testamentum non valet.

AD THES. IIX.

QVID SI BONIS INTERDICTUS HOMO FRUGI?] i. e. si bonis interdictus sit ut prodigus [nam quemadmodum, etiamsi quis prodigus sit moraliter, si tamen bonis non sit interdictus, utitur communi civium jure, ita, si cui bonis interdictum est, etiamsi non sit prodigus moraliter, tamen ad instar prodigi a nonnullis juris effectibus arcebitur. Fragmentum hoc, est status legalis.] Aliud, si ob aliam causam alienatio bonorum interdicta, v. g. minori, qui testamentum facere potest.

EBRII ET IRATI] Intellige [1.] si fuerit magna ebrietas & ira, quæ homini usum rectæ rationis plane aufert. *Schütz. in comp. jur. qui testam. fac. poss. p. m. 377.* [2.] Si statim post testamentum conditum adhuc ebrius & iratus moriatur. Aliud, si sobrius & ira vacuus in eadem voluntate perseveret *arg. d. l. 48. verb. quam si perseveraverit ff. de R. J.*

IX. *Vel ob defectum corporis*, Mutus ac Surdus *l. 6. §. 1. ff. qui testam. fac. poss. Nisi a Principe id impetraverint, l. 7. ff. d. t. Vel mutus scribere, vel surdus loqui possit, tum enim hic nuncupatum, alter scriptum faciet, l. 10. C. qui test. fac.* Qui mutus & surdus simul omnino prohibetur; d. l. 10. C. eod. Cæcus autem observatis solem-*

Cæcus testari potest.

Digitized by Google

lemnibus, *l. 8. C. qui testam. fac. poss. testari potest.* *Quid in testamento cæci inter liberos; an solennitates, d. l. 8. observandæ? Negatur communiter. Videatur Dn. Richterus, ICtus exercitatiss. amicus noster, ad l. 8. C. qui test. fac. poss. a num. 69. Ludovel. de ult. vol. par. 1. c. 2. p. 30.*

AD THES. IX.

QUI MUTUS ET SURDUS SIMUL] Si scilicet sit natura talis, sin vero per morbum sit surdus & mutus effectus, possit tamen scribere, & huic permittitur testamenti factio. *d. l. 10. C. qui test. fac. poss.*

X. Lege prohibentur, *vel ob potestatem cui subsunt*, Servi & peregrini, *l. 8. ff. h. t. l. 12. eod. sed Imp. Fridericus etiam peregrinis & advenis permisit. auth. Omnes peregrini C. com. de success. quæ desumta ex Constit. Frider. de statutis & consuet. tit. 1. §. 10.* capti

Ab hostibus capti, durante captivitate, testari prohibentur. ad hostibus, *l. 16. 18. 24. ff. de capt. & post. Vide supra disser. 1. aph. 17. durante captivitate. Nam quæ ante, valent, vel jure postliminii; vel lege Cornelia. §. ult. Inst. Quib. non est permiss. l. 3. §. 6. de boni poss. Non intelliguntur autem qui a latronibus capti. l. 13. pr. h. sed Leo Imp. permisit captivis testari, Nov. 40.* Obsides, *l. 11. ff. h. t. Pop. R. dati, non a Romanis dati. Vide Dn. Schilterum cognatum nostrum, & amicum, elegantissimo tractatu, de jure obsidum. c. 9. th. 3. n. 14. Dissentit Lopez. anim. 18. n. 8. & 9. Cui respondet Ludovel. c. 2.* De statu suo dubitantes, *l. 14. & 15. ff. eod.* Monachi, *auth. ingressi, C. de SS. Eccles. Nov. 123. c. 38.*

AD THES. X.

ETIAM PEREGRINIS ET ADVENIS PERMISIT] Quo jure in Germania utimur [secus [illegible] Bodinus *1. de Republ. cap. 6. opinatur.*] Cum eo vero ex diametro pugnat Jus Albinagii, quod vocant, quo omnia peregrinorum bona in Gallia, sive testato, sive intestato decedentium, fisco Regis addicuntur. Vide Dn. Schilt. *differt. de Jure Peregrinorum th. 21.*

XI. *Vel ob crimen, puta* carminis famosi damnati, *l. 18. ff.*

Apostatæ testari nequeunt. Apostata quid? *h. t.* Apostatæ, *ad paganismum vel Iudaismum deficientes. l. 2. 3. 4. C. de Apost. Quo etiam referunt Dd. Lamias & maleficos seu sortilegii damnatos, & ita respondit Scabinatus noster*, hæretici, *auth. cad. C. de heret.* Deportati, *l. 8. §. 1. & §. 3. ff. d. t. Quorum bona et-*

Digitized by Google

etiam post quæsita, post obitum fisco *vindicantur. l. 15. ff. de injure dict. l. 2. C. de bon. proscr.* Banniti, *seu proscripti Imperii, Gail. 2. de P. P. c. 6. num. 9. & 10.* Usurarii manifesti, *jur. Can. c. quamquam 2. in fin. de usur. in 6.* Incestis nuptiis se polluentes, *l. 6. cum auth. seq. C. de incest. nup.* Damnati capitis, *l. 8. §. fin. l. 13. §. ult. ff. h. t. l. 6. §. 6. de inj. rupt. Exemplum est in Rhetoricis ad Herennium lib. 1. de Malleolo parricida.* Quod nec hodie correctum, vel *Nov. 22. c. 8. vel Nov. 134. c. ult. Etsi consuetudine testamenti factio iis relinquatur, excepto crimine Majest. & cum ad tertium gradum adscendentes nulli sunt.*

Damnati capitis jure Nov. non habent testamenti factionem.

AD THES. XI.

NEC HODIE CORRECTUM PER NOVELL. XXII.] Adde *Struv. exerc. 32. th. 8. n. 8. & in resolut. ibid.*

XII. Personæ succedentes, seu heredes esse possunt omnes Imperio Romano subjecti, *id est, cives Romani pr. Inst. de her. instit. l. 31. ff. eod. servi autem * Non qua servi: sed quatenus vel libertatem sperant, ut Servi proprii, quibus libertas expresse vel tacite data, l. pen. C. de necess. serv. her. instit. Vel ex persona dominorum æstimantur, l. 12. §. 2. ff. de leg. 1. ut servi alieni qui dominis suis hereditatem adquirunt, si modo & domini testamenti factionem habeant, l. 31. ff. h. t. Imo & domino mortuo, jacente hereditate, Servi alieni recte instituuntur. Quia hereditas loco domini est, §. 2. Inst. d. t. l. 31. §. 1. l. 52. l. 64. ff. d. t. l. 34. de A. R. D. ut & ejus, qui in utero est, Servus non intuitu ipsius postumi, cum incertum sit, an sit nasciturus: sed hereditatis jacentis, l. 64. [illegible] her. Inst. l. 61. ff. de adq. rer. dom. Excepto servo a domina instituto, rea cum illo adulterii, pr. Inst. de her. Inst.*

Servi quatenus recte heredes instituuntur?

AD THES. XII.

ID EST CIVES ROMANI] Et hoc videtur immutatum *arg. d. Auth. omnes peregrini C. comm. de succession.* Plus enim infert testamenti factio activa, quam passiva, ergo qui illam habet, ei nec hæc deneganda erit.

XIII. Etiam liberi naturales, *quia sunt cives Romani. Idque probat. l. Lucius Titius 45. π. de vulg. & p. subst. quam de naturali ex concubinatu, non ex contubernio suscepto loqui, alibi probavimus.*

Personæ incertæ an recte heredes fiant.

Etiam ignoti, sed de facie. *Et personæ incertæ, modo ex eventu certa esse possint*, §. 25. & 26. *Inst. de legat.* Et civitas, *quæ olim non poterat, ut constat ex Plinio, 5. Epist. 7. ad Calvisium, Sueton.* *Domit.* *At hodie potest.* Collegium, *quod quando institutum censeatur ut corpus, quando ut singuli, Vide Dn. Richt. p. 1. decis. 37. n. 25.* pauperes, *l. 6. §. 1. l. 26. ff. ad SCt. Treb. l. 24. C. de Episc. & Cler. l. collegium, 8. l. hereditatis. 12. C. de her. Inst. & ibi Donel. Excepto collegio Judæorum. l. 1. C. de Iud. Cujac. 7. O. 30.* in infinitum, quotquot velis, §. 4. *Inst. de her. Inst. Excepto Nepote ex filio incestuoso & similibus. l. 6. de incest. nupt.* *Excipiuntur deportati & peregrini. l. 1. C. h. t. Collegium illicitum seu non approbatum. l. collegium. 8. C. eod. Quodcunque autem specialiter probatum non est illicitum esse intelligitur. l. 3. §. 1. π. de Coll. & corp. Apostata. l. 3. C. de apost. Heretici. l. 4. §. ipsos, & auth. credentes. C. de heret. Persona omnino incerta, l. quoties 9. §. heres. ff. h. t. ut. nec ex post facto aliquo certa fiant. §. sed nec hujusmodi. Inst. de Legat. Sic valida erat Antonii institutio, etsi testator L. Rubrius Cassinas eum nunquam viderat. Cic. Anton. 2. Vide Dion. l. 45. fin. Valer. 9. 4. Contra Tiberius hereditatem non adiit, nisi cum amicitia meruisset, Ignotos Principem nuncupantes procul arcebat. Tac. 2. Ann. 48. Si tamen pauperes vel captivi, instituantur, favorabiliter institutio tenet: l. id quod pauperibus. 24. l. nulli. 28. l. si quis ad declinandum, 49. C. de Episc. aud. Mulier nubens intra annum luctus. l. 1. C. de sec. nupt. Filii ex incestuoso & nefario coitu a patre instituendi. Nov. 89. c. ult.*

AD THES. XIII.

VIDE DN. RICHTERIUM] Scilicet in dubio censetur ut corpus esse institutum.

ET PEREGRINI] *Vide modo dicta ad th. 12.*

Heredes sui.

XIV. Cæterum ex his qui possunt heredes fieri alii sunt liberi, in potestate testatoris, *heredes sui*, Gr. αὐτοκληρονόμοι, *sibi ipsis heredes cum liberi pene ad bona propria veniant. l. 1. §. 12. π. de success. ed. junge l. 10. π. pro socio.* alii extranei. Liberi in potestate, *gradu proximi*, necessario vel sunt heredes in-

instituendi, vel exheredandi *pr. Inst. de Exher.* Præteritis enim, qui tempore testamenti conditi, sunt sui heredes, testamentum fit ipso jure nullum. *pr. Inst. de exher. lib. l. 30. de libb. & post. l. 1. ff. de inj. rupt. Exempla vide apud Val. Max. lib. 7. c. 7. §.* [illegible] *Cicer. 1. de Orat. P. Iure Civili, * non item jure Prætorio. arg. l. 12. §. ult. l. 19. π. de B. P. contr. tab. l. 17. de Inj. rupt. Vasq. 3. Controv. ill. 100. Dn. Frantzk. Exer. 6. q. 2.* sin posthumi, testamentum ab initio subsistit, sed agnatione eorum, *vel vera, vel quasi nempe successione in locum Suorum*, rumpitur. *§. 1. Inst. de Exher. Vide Gell. 13. 16.*

Posthumis præteritis testamentum ab initio subsistit.

Postumi vel veri sunt, qui post mortem testatoris nascuntur, *sui heredes futuri, si vivo testatore nati fuissent. §. 26. Inst. de leg. sive filii sive nepotes, & deinceps. Horum instituendorum formula a Gallo Aquilio hæc est : SI. FILIUS. ME. VIVO. MORIETUR. TUNC. SI. QUIS. EX. EO. NEPOS. POST. MORTEM. MEAM. IN. DECEM. MENSIBUS. PROXIMIS. NASCETUR, HERES. ESTO. l. 19. pr. de Lib. & post.*

Postumi veri.

vel quasi postumi, qui post testamentum nascuntur. *Glossæ Cyrilli : ὁ μετὰ πατρὸς θάνατον, ἢ διαθήκην γινόμενος. POSTUMUS.* Hi vel sunt filii postumi, qui post patris testamentum: *Gloss. Bass. ποστοῦμος, ὁ μετὰ ταφὴν τοῦ πατρὸς γεννηθεὶς, ὁ μετὰ τὴν διαθήκην τικτόμενος.*

Quasi postumi.

Vel Nepotes postumi, qui in sui heredis, locum succedunt, *seu, qui ante testamentum parentis natus, non suus heres, alio cum præcedente, post testamentum autem a parente factum, fit suus, quia demto suo herede, in ejus locum succedit. Quod fit omnibus his modis, quibus filius exit potestate patris, excepta dignitate. Nov. 81. c. 2.*

Quasi postumi sunt duplicis generis.

Hi sunt postumi Vellejani, ex secundo L. Vell. capite. Cum ante hanc legem, tales nepotes, quantumvis instituti, testamentum tamen rumperent, quia non poterant institui, ut sui quippe gradu remotiores. Ut ergo possent, Lex Velleja cavit, ne si facto protinus testamento, testator forte decessisset, obstante patre, nepotes tales penitus a successione excluderentur. Deinde inter quasi postumos referendus is quoque, qui vivo quidem patre, sed post testamentum nascitur suus heres. Hunc primum L. Velleja caput admittit. Item nepos qui post testamentum avi, vivis avo [illegible] *parente nascitur, deinde in patris sui ante*

Postumi Vellejani qui?

avum mortui locum succedit, avoque fit suus heres. *Hic jure antiquo non poterat institui utiliter, quia post mortem testatoris non nascitur: sed neque ex L. Velleja primo capite. Non enim avo Suus nascitur, qui vivo patre. Non etiam ex posteriore, quia tempore testamenti nepos hic nondum natus erat. Verum Julianus, duobus quasi capitibus legis Velleja commistis, effecit, ne testamenta rumperentur. Quoniam enim vivo testatore nascitur, videtur ad primum caput legis pertinere, & quod in patris locum succedit, ad secundum. Et hic est casus qui dicitur esse in difficili. d. L. Gallus. §. ult.*

Casus L. Gall. §. ult. de liber. & posthum. Emancipatis præteritis nec hodie testamentum nullum?

XV. Emancipatis autem præteritis, *etiam sine causa*, nec hodie quidem testamentum est nullum. §. 3. *Inst. de Exhered.* quem §. *non esse correctum per* §. 5. *eod.* & *L. 4. C. de lib. præter. verius est. Cæterum ita agnatione sui ruptum, vel præteritione nullum fit testamentum, non solum quod ad institutiones, sed & legata & alia. Non obstante Nov. 115. c. 3. auth. ex causa C. de lib. præt.* Excipitur præteritio matris & avi materni, qua testamentum non fit nullum; *sed pro exheredatione est.* §. *ult. Inst. d. t.* * *Etiam hodie post Nov. 115. c. 3. Ut & militis.* §. *pen. h. t. l. 9. ff. de Test. mil.* Si tamen suus heres præteritus abstineat hereditate *l. si filio præterito. 17. ff. de injust. rep.* vel postumus præteritus vivo testatore natus decesserit. *l. postumus. 6. ff. de inoff. testam.* testamentum *ex bono & æquo, contra rationem juris a Prætore* sustinebitur, data bonorum possessione secundum tabb. *scripto heredi. Militis tamen silentium, qui vel non ignoravit, an liberos jam natos haberet, vel postumos habiturus esset.* §. *pen. h. t. l. 9. & 10. C. de Test. Mil. vel eo animo fuit, ut quisquis sibi nasceretur, exheres esset, l. 7. de Test. Mil. pro exheredatione habetur.*

Militis silentium pro exheredatione habetur.

AD THES. XV.

NEC HODIE QVIDEM] Imo hodie est nullum per *Novell. 115. cap. 3. Vid. Strub. exerc. 32. th. 26.*

NON OBSTANTE NOVELLA] Imo obstat, & hodie legata debentur. *Vid. Strub. exerc. 10. th. 22. Carpz. P. III. c. 3. d. 17.*

ETIAM HODIE] Utique hodie est nullum *per d. Nov. 115. cap. 3. Strub. d. ex. 32. th. 26.*

A PRÆTORE SUSTINEBITUR] Idem confirmarunt de Jure Saxon. *P. III. const. 10. Vid. Carpz. ibid. def. 1. seqq.*

XVI.

XVI. Modus, seu forma testandi, vel solennem testamenti faciendi actionem, vel essentiam testamenti concernit. *Illa olim nimis erat scrupulosa. Quare ut plurimum adhibebantur JCti. L. Lucius Titius. 88. §. fin. ff. de Legat. 2. Hinc in subscriptione Neapolitana: DOLUS MALUS ET JURISCONSULTUS ABESTO. Cic. 2. de Orat. Suet. Nero. c. 23. Arrian. 2. Diss. Epictet.* consistit partim in septem testium adhibitione. *§. 3. Inst. de test. ord. Etiam tempore pestis. Nam l. 8. c. de test. congressus seu consociatio duntaxat est remissa. Sed contrarium usu receptum. An vero & is, qui peste non correptus, nec cujus domus infecta hoc privilegio gaudeat? Negat Collegium Juridicum, quem Scabinatum appellamus, apud Dn. Carpzov. p. 3. c. 4. defin. 4. Et Facultas Lipsiensis apud Finckel. obs. 7. n. 6. Affirmant JCti Salani, Vide Dn. Richterum tr. de Testament. p. 232. num. 44.* specialiter ad id rogatorum, *l. 21. § 2. ff. qui test. & l. 21. C. de test. Quod in dubio non præsumitur. Mynf. ad §. 3. n. 6. Inst. d. t.* animo & corpore præsentium. *§. 3. Inst. h. t. ut nec invitos detinere liceat. l. 20. Qui test. fac.*

Solennis testamenti faciendi actio.

Testamentum tempore pestis conditum requirit 7. testes.

AD THES. XVI.

ETIAM TEMPORE PESTIS] Per verba expressa *d. l. 8. C. de testam. Verb. non etiam consimiendi numeri. Vid. Brunnem. ibid.*

CONTRARIVM VSV RECEPTVM] Etiam de jure Saxon. ubi duo, vel tres testes, ad minimum sufficiunt *P. III. const. 4. ibique Carpz. def. 7.* non etiam unus. *Carpz. d. l. def. 17.* Inter duos vero testes computabitur etiam Notarius. *Habn. ad VVesenbec. qui testam. fac. poss. n. 10. Moller. ad P. 3. const. 4. n. 9.* Sed quid si testator dysenteria, vel alio morbo contagioso, laboret? Et tunc duos testes admitti putat Carpz. *d. loc. def. 2.* valde hoc dubium esse contra asserit Brunnem. *ad d. l. 8. C. de testam.* Distinguendum videtur: An homines plerique præsentiam testatoris fugiant, an non. Illo casu facio cum Carpzovio, (& huc spectant verba præjudicii a Carpz. allati: Deßwegen dem jedermann mit ihme umzugehen Scheu getragen.) Hoc cum Brunnemanno. Et erit utique, etiam admissa Carpz. sententia, differentia inter pestem & dysenteriam. Si enim testator peste laboret, præsumtio juris est, homines ejus conspectum fugere, non ita, si laboret dysenteria, aut similibus morbis, quos non omnes homines fugere solent, sed saltem meticulosi. Quapropter hoc casu heres scriptus probatione onerabi-

rabitur, testatorem, debita diligentia adhibita, testium numerum sufficientem reperire non potuisse.

AFFIRMANT JCTI SALANI] Cum quibus faciunt Moller & Berlich. Carpzovio allegati, quorum rationibus satisfit a Finckelthuso & Carpz. *dd. loc.* Horum autem sententia probatur per *d. const.* 4. *verbis:* Wann einer / so [redacted] der Pestilenz lieget / oder in dessen Behausung solche Seuche regieret. Limitarem tamen sententiam Carpzovii in personis, quæ curant ægrotos, aut mortuorum cadavera tempore pestis. Has enim, quamvis infecti non sint, nec in domo infecta, omnes reliqui homines fugere solent. Aliorum limitationem, si pestis tanta sit, ut numerus septenarius testium haberi non possit, cum ratione rejicit Carpz. *d. loc. n.* 7. Nisi forte ita grassaverit pestis, ut neque Judicis, neque Actuarii judicialis, copia sit.

Requisita testamenti scripti.

XVII. Quod si testamentum scriptum sit, debet testator id ostendere testibus, *suumque id esse, affirmare. l. hac consultiss. 21. C. h.* Suaque manu scripsisse, *si potest, & id quoque eadem scriptura testari, aut testamento aliena manu scripto subscribere. Ut Tiberius duplex testamentum relinquens, alterum sua, alterum liberti manu. Suet. Tib. c. ult. Et Bratiani testamentum Atticini manu scriptum. Plin. 6. Ep. 22. Sin literas ignorat, præter septem testes alium adhibeat, ipsius testatoris nomine subscripturum. d. l. hac consultissima, & l. cum antiquitas, 28. §. cum autem. C. eod.* Deinde testes vel se, per se singuli, *d. §. 3. l. 22. §. 4. l. 30. ff. qui test. fac:* vel, *si ipsi non possint*, unus pro altero subscribere. *l. fin. C. eod.* Et signacula sua apponere, *d. §. 3. sive propria sint sive aliena. Imo & omnes uno signare possunt. §. 5. Inst. Sive annuli, sive aliud signum sit.*

AD THES. XVII.

SIVE ALIUD SIGNUM SIT] Nec obst. *l. 22. §. 5. ff. qui testam. fac. poss.* Responsionem vide apud Struv. *exerc. 32. th. 10. n. 4.* ut non opus sit cum Hubero *ad Inst. de testam. ordin. th. 7.* alios secuto, in mutatione textus refugium quærere, qui etiam testatur moribus Belgarum signacula testium penitus ubique in desuetudinem abiisse.

XIIX. Testes idonei sunt, cum quibus testamenti factio *seu qui heredes institui possunt, §. 6. Inst. de Testam. quæ aptitudo intelligitur tempore signati testamenti, l. 22. §. 1. qui test. fac. poss.* prohibentur autem natura: Impuberes, furiosi, prodigi, muti, surdi,

di, *d. §. 6. Inst. h. t. hi quidem indistincte arg. §. 6. quia non idem favor militat in dicendo testimonio, qui in testamento condendo, arg. l. 18. C. qui test. fac. poss.* Graeci, *arg. l. 9. C. de testam. & l. 1. Quemadm. test. ap.*

XIX. Lege, Mulier. *d. §. 6. ff. qui test. fac. poss. probibitionis odio ex jure veteri est. Neque enim mulier comitiis interesse, neque in procinctu apparere poterat, neque in mancipatione, in qua as & libra adhibebantur, interveniebat. Qua ratione utut postea cessante, non tamen cessat prohibitio.* Servus, *l. 20. §. 7. qui test. fac. poss. Nisi habitus fuerit tempore testamenti conditi pro libero, ubi testamentum benigne sustinetur, §. 7. Inst. d. t. & l. 1. C. eod. Quod in liberis etiam personis obtinet, qua tempore conditi testamenti fuere habiles, nec ad solam notam servilem restringendum, l. 22. §. 1. ff. de testam. Iac. Schultes. qq. pr. 12. a. num. 13.* Intestabiles, *damnati ob carmen famosum, l. 18. §. 1. ff. d. t. l. 21. ff. de testam. Condemnati judicio publico, l. 13. l. 14. ff. de testam. Iudices accepta pecunia damnati, arg. l. 3. §. 5. de test.* Heres scriptus, *§. 1. Inst. de testam. qui tamen olim non repellebatur. Cic. pro Milone; Testamentum simul obsignavi cum Clodio; Testamentum autem Cyrus palam fecerat, & illum heredem & me scripserat.* etiam fidei commissarius universalis, *quia & inter hunc & testatorem negotium geritur, arg. §. 1. & 2. Inst. de fideicom. her. l. 14. de reb. dub. Secus est in legatariis & fidei commissariis particularibus, §. 11. Inst. de testam. l. 14. de reb. dub. non solum si agitur causa hereditatis, sed & si legatorum. Hinc Symmachus ep. 55. lib. 10. recte defendit testamentum contra calumniam objectam, quod signatores nescio quid legati ex eadem voluntate cepissent. Et Regulo ad signandum venienti Aurelia tunicas, quas erat induta, captanti quamvis, legavit. Plin. 2. Epist. alt. etiam in testamento nuncupativo Don. 6. 7.* Heredisque & testatoris domestici, *§. 9. & 10. Inst. d. t. filius, parens, frater, scilicet, qui ratione potestatis patria coadunati sunt, Graeci: οἰκειακὴ μαρτυρία, οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἑνώσεως τῆς ὑπεξουσιότητος λαμβάνεται. Vide Cujac. ad l. 22. π. qui test. fac. Secus ergo in uxore, ministris, filio emancipato, arg. l. 20. §. 2. Qui test. fac. poss. Vasallo,*

Mulier cur in testamento testis esse nequeat?

Fideicommissarius universalis testis in Testam. esse non potest.

Heredis & testatoris domestici testes esse nequeunt. Domestici quinam?

facto, Domino testante. *Illud non impedit, si sermonem testatoris non intelligunt. l. qui testamento. 20. §. 1. & 2. Qui test. fac. poss. Plures quam ex eadem domo ad extranei testamentum testes adhiberi nihil vetat. l. pater. 17. de Testib. l. ad testium. 22. pr. ff. Qui test. fac. poss.*

AD THES. XIX.

ETIAM IN TESTAMENTO NUNCUPATIVO] Dissentit Duar. *addit. de testam. rubr. de testibus. Hunan. disput. 7. qu. 9. Mascard. de prob. concl. 1364. n. 7.* Quorum argumentis respondet Carpz. *dec. 152. n. 17. Philipp. lib. 2. ecleg. 46. n. 4. Conf. Brunnem. exerc. 10. ad §. 11. Inst. de testam. ordin. p. m. 84.*

SECUS ERGO IN UXORE] Atqui fœmina in testamento non potest testis esse *§. 6. Inst. de testam.* Intellige Auctorem de testamentis privilegiatis, in quibus fœminæ admittuntur, ut in testamento tempore pestis condito. *Carpz. P. III. c. 4. d. 6.*

SI SERMONEM TESTATORIS NON INTELLIGUNT] Si modo sensu percipiant per alia media, cui rei adhibiti sint. *d. l. 20. §. 9.*

Testamentum in tabb. scribi potest.
Tabulæ.

XX. Testamentum in qualibet materia scribi. *§. nihil Inst. de testam. l. 1. pr. de bon. poss. sec. tabb.* ut in tabulis, *ligneis*, & *ut plurimum aereis, cera oblitis. Ovid. 1. Amor. Veneri fidas sibi Naso tabellas dedicat, at nuper vile fuistis acer.* *Hinc μετωνυμικῶς lignum pro tabb. l. 19. de bon. poss. cont. tabb. Vide Isid. 5. orig. 24. Ulp. reg. t. 20. Hotom. 4. O. 1.* chartis, *quæ fiebant e papyro, planta Nilotica. Dioscor. 1. 15. Theoph. 4. hist. plant. 19. Plin. 13. 11. Galen. lib. 8. simpl. Vide Salmas. not. ad Vopisc.* Membranis&c, *pergamentis, ab Urbe Pergamo. Proverbium antiquitatem usus forte demonstrat, ἀρχαιότερα διφθέρας. Aut pellibus, vel codicibus eboreis. l. librorum. 52. de leg. 3. Vide Voss. de Art. Gram.* Et pluribus quoque codicibus *authenticis, id est, exemplis, l. unum. 24. ff. qui test. fac. poss. l. 1. §. 6. de bon. poss. sec. tab. §. 13. Inst. de T. O.* ἰσοτύποις. *Sic Tiberius duplex testamentum fecit, eodem exemplo. Suet. Tib. c. ult. Qua de re mirum quantos in simpulo fluctus excitaris contra Heraldum Salmas. defens. miscel. c. 8.* conspicere quis potest. *Tales tabulas scripsisse Antonium, Dio, Theophrastum Laertius, Aimoinus lib. 4. c. 30. Dagobertum Francorum Regem scribunt, notante Dn. Fabrot. Theoph. de Test. pag. 290.*

Testamentum pluribus codicibus f. exemplis fieri potest.

AD

AD THES. XX.

IN QUALIBET MATERIA] Quid hodie juris vide apud Nor. *in addit. ad §. 3. Inst. de testam. ordin.*

XXI. Partim (*junge aph. 15.*) in ipsa testatione, quæ uno contextu expediri debet. *l. 21. §. fin. Qui test. fac. l. 21. l. 28. C. h. t. nullo extraneo actu interposito, adeoque nec contractu interim celebrato. arg. l. 20. de V. S.*

AD THES. XXI.

NEC CONTRACTU INTERIM CELEBRATO] Sed an contractus in testamento celebrari possit? Affirmat Carpz. *P. III. const. 5. def. 20. 21.* Negat Scholz. *ad tit. qui testam. fac. poss. 4. 26. Huber. ad tit. Inst. de testam. ordin. th. 5. p. m. 145.* qui dissentientium opinionibus respondent. Possent tamen forte per ea, quæ habet Huber. *d. l.* hæ opiniones inter se conciliari, & secundum ejus ductum præjudicia a Carpz. allata explicari.

XXII. Ad essentiam testamenti pertinet heredis institutio, *l. fin. ff. de Codicill. l. 1. in f. ff. de vulg. & pup. * An & testamenti tempore pestis confecti? Negat Ordo Iuridicus Acad. Lips. Dn. Finckelth. Obs. 14. q. 1. Affirmat Collegium ICtor. Scabinorum Lipsiæ Carpzov. p. 3. Const. 4. defin. 12. quæ sententia vera est.* quæ tam pure, *§. 9. Inst. de her. inst. adde casum l. pen. C. de Inst. & subst.* quam sub conditione fieri potest, *§. 9. de her. inst. qualibet, si extraneus instituitur. l. 32. l. 68. ff. de her. inst.* Liberi quidem & parentes, non nisi sub potestativa, *l. 4. pr. & §. fin. de her. Inst. l. fin. π. de cond. Inst. Est enim conditio vel potestativa, vel casualis, vel mixta; Illa, quæ sine impedimento est in potestate ejus, in quem confertur. l. 4. §. 1. de her. Inst. V. G. Si Stichum manumiserit; si Titio decem dederit, si servum hereditarium non alienaverit, si statuas in municipio posuerit. l. 26. de inoff. l. ult. π. de cond. instit. l. 4. de cond. instit. l. Titius. π. de cond. & demon. Casualis, quæ ex alieno arbitrio, vel ex solo fortunæ eventu pendet. l. un. §. 7. C. de cad. toll. l. 60. ff. de cond. & dem. sub qua filius instituens, habetur pro præterito. l. 4. l. 86. ff. de her. Inst. l. 28. pr. ff. de lib. & post. l. si pater. 4. C. de Inst. & subst. Etiamnum hodie. Iason. l. si pater. n. 19. Clar. §. testam. q. 39. Mixta, quæ partim*

Ad essent. testamenti heredis institutio pertinet.

Liberi & parentes sub potestativa conditione instituuntur.

tim ab arbitrio ejus in quem confertur, partim ab eventu & casu pendet, veluti si Titius ante Cal. Majas ex Italia redierit, d. l. un. §. 7. d. l. 4. ff. de her. inst. l. 10. de V. O. Talis conditio, si sine liberis. Ubi quaeritur, an liberi, sub conditione positi, pro institutis habendi? Communiter negatur. Vide Ant. Fabr. dec. 26. Err. 1. Hart. Pist. 4. q. 9. n. 1. & quos Filius ibi allegat. lit. a. Non impossibilis. *§. 10. de her. inst. quae pro non adjecta habetur, sive impossibilis sit de facto, qualis erat conditio sub qua Lemnii se Miltiadi dedituros spondebant. Corn. Nep. Miltiade. sive de jure. l. 16. de cond. inst.* Ex certo vero tempore, vel ad certum tempus fieri non potest. *l. 88. de her. inst. l. 34. ff. eod. * Secus vero, si dies tacite insit, l. 6. §. ult. l. 62. d. t. vel incerto, 75. ff. de cond. & dem. Quid si instituatur, CUM MORIETUR? L. 9. C. de her. inst. ait valere. Quae temporis adjectio ridicule intelligitur de testatore, ut quidam intelligunt. Neque dubitandi rationem habet, si de tertio quodam accipiat. Recte igitur de ipso herede accipitur, cum Cujac. Giphanio, aliis.*

An liberi sub conditione positi pro institutis habendi?

AD THES. XXII.

QUAE SENTENTIA VERA EST] Eamque approbavit Serenissimus *decis. noviss. 46.*

NON NISI SUB POTESTATIVA] Adde Struv. *exerc. 33. th. 46. 47. 48. Scholtz. de condit. instit. §. 8. 9.*

AN LIBERI SUB CONDITIONE POSITI] i. e. Si v. g. Pater filium suum heredem instituat, eique, si sine liberis decedat, substituat Cajum, quaeritur: an & nepotes in hoc testamento sub conditione (si sine liberis decedat) censeantur instituti? Negatur *arg. l. 85. ff. de hered. instit. & l. ■ ff. si quis omissa causa testamenti.*

DE FACTO]. Scilicet absolute impossibilis. Aliud, si sit saltem difficilis *l. 4. §. 1. de statu. lib. l. 6. de cond. instit. l. 58. de cond. & demonstr. l. 61. de V. O. Struv. exerc. 33. th. 40. Scholt. de cond. instit. th. ult. in fine.*

XXIII. Institui ergo heredes possunt omnes, quibuscum testamenti factio *testator. §. 4. Inst. de her. qual. & dif. id est, qui habent jus capiend. ex testamento. §. 4. Inst. d. t. Quae in extraneis heredibus* tribus temporibus inspicitur, testamenti facti, mortis testatoris, & adeundae hereditatis. *l. 6. §. 2. l. 49. §. 1. l. 50. pr. l. 59. §. 4. h. l. 1. tr. de her. inst.* Fit autem institutio super rebus propriis, *non alienis. In re certa facta, benigna inter-*

Testamenti factio in extraneis heredibus tribus temporibus inspicitur.

terpretatione sustinetur, perinde ac si rerum mentio facta non fuisset. l. 29. π. ad SCt. Trebll. Institui possunt, quotquot testator velit §. 4. *Inst. de heri. inst.* hereditate in tot divisa, quot velit, assis partes, quarum XII. faciunt assem. §. 5. *Inst. d. t. l. 13. §. 1. l. 50. §. ult. earum formas habuisse affirmat. L. Pignor. Epist. 2. 23. p. 144.*

AD THES. XXIII.

NON ALIENIS] H. e. Si testator aliquem heredem instituat in re non propria, quam scit esse alienam, non valet heredis institutio. Possunt tamen in hereditate esse res alienæ. Conf. Auct. *disp. 8. th. 11.*

QUOD VELIT ASSIS PARTES] Quid si in testamento reciproco conjuges cognatos suos ex utraque familia, & quidem æque heredes instituerint, an successio in capita fiat, an in stirpes? In stirpes vult Richterus *P. I. Decis. 37. n. 14. seqq.* contra Carpz. *P. III. const. 9. def. 15. n. 4.* Sed revera Richter Carpzovio non contradicit, cum hic de testamento reciproco non loquatur; Ego igitur in testamento reciproco sententiam approbo Richteri, in non-reciproco Carpzovii.

XXIV. *Hæc institutio vel in specie ita dicta est, vel* Substitutio; *quæ* nihil aliud est, quam secundi, vel ulterioris heredis in locum deficientis primi vel ulterioris gradus institutio *pr. Inst. h. t.* Estque vel vulgaris, vel pupillaris: *In directam vero, vel obliquam, seu fideicommissariam divisio non est, sed æquivoci distinctio.* Substitutio.

AD THES. XXIV.

IN DIRECTAM VERO ET OBLIQUAM] Adde Eckolt. *de V. & P. subst. §. 2. & 3.* ubi & de substitutione pupillari compendiosa, seu militari & breviloqua contra Struv. *exerc. 33. th. 11.*

XXV. Vulgaris est, quæ fit a quolibet testatore cuilibet heredi, *sic Decius Brutus ap. Appian. Civ. 2. Ita in tertium gradum heredes Augustus instituit. Tac. 1. Ann. Et Micipsa Numidam, Masinissa nepotem secundum heredem. Sallust. Jugurth. etiam reciproce, cum heredes sibi mutuo substituuntur, §. 1. Inst. h. t. l. 23. π. eod. Sic Tiberius nepotes, Cajum ex Germanico, & Tiberium ex Druso. Suet. Tib. c. ult. Etiam, servo, tam alieno, quam proprio, qui tamen inde ex necessario voluntarius non efficitur,* in casum non aditæ hereditatis *sive adire quis nolit, sive non potest.* Vulgaris.

sed

Substitutio in casum impotentiæ facta, in casum voluntatis non extenditur.

Explic. formulæ subst. vulgaris. Si heres non erit.

Sed in unum casum, puta, impotentiæ facta, in alium, si noluerit, voluntatis, (quam Ennii vocem esse contendit P. Merula, commentar. Enn. p. 565. ausus eandem & Augustino & aliis auctoribus vindicare) non extenditur, arg. l. 21. ff. de vulg. & pup. subst. l. 10. ff. de lib. & post. Formula autem isthæc: Si heres non erit, quando prædicatur de herede extraneo sui juris significat, si hereditatem non adierit. In extraneo autem alieni juris id significat, si vel ipse heres non erit, vel ille, in cujus potestate est, hereditatem non adquisiverit. §. ult. Inst. h. t. siquidem testator sciverit, heredem esse alieni juris. Sin patremf. esse credidit, qui servus erat, fient semisses, ita ut alter semis, inter dominum servi & substitutum æquis portionibus dividatur. §. ult. Inst. h. t. l. 41. de her. inst. Idque Tiberius in persona servi sui Parthenii constituit d. §. ult. Inst. de Vulg. Hic Parthenius non is fuit, cujus meminit Sueton. Tiberio c. 70. Hic enim captus fuit belli Mithridatici tempore & manumissus floruit, Principatus Augusti initio. Ergo non potuit servus esse Tiberii. Vide Suidam. Παρθένιος. Sed Parthenius Tiberii is forte est, cujus meminit inscriptio Gruter. p. 606. 5.

Parthenius.

Romæ in palat. Hieron. de Pici.

PARTHENIO CÆSARIS.

ULPIA RESTITUTA

UXOR.

Sed qualis divisio? Quis alterum semissem accipit? Dominus, ut dodrantem habeat? Minime, Nulla enim hoc suadet ratio. Recte igitur Theoph. τὸ ἥμισυ λαμβάνειν. Pars enim absolute posita, dimidiam notat. l. 43. de usufr. sed verba finalia d. l. 41. turbant. Viglius ergo, quem sequitur novissime Iac. Godof. animad. c. 16. ALTER explicat, UTERQUE quod refutat Dn. Fr. Gronovius de pec. vet. p. 645. longe Iosephum Castalionem. Dec. 3. c. 1. contra Criticos. Addo, quod perperam dicatur, uterque semis dividi, utroque eum integrum capiente. Quis enim in divisione assis in duas partes æquales, dicat, utrumque duos dimidios semisses accipere? Credo, nec puerum Albini ita putaturum. Et quid opus erat hoc adjicere, ex quo jam præcesserat? SEMISSES FIENT, quibus factis, jam constabat divisio inter dominum & substitutum. Quorsum ergo dicat ICtus, alterum, id est, utrum-

que

que semissem denuo dimidiarit? Alter Hillig. ad Donell. 6. comm. 24. lit. L. Cui fatis facit Dn. Ungep. Exerc. 8. q. 10. p. 409. Rectissime Cujac. notis ad d. §. ult. & 17. O. 21. pro, Alter Semis, legit, AS. errore inde nato, quod AS. non integra vox visa fuit, sed nota seu sigla vocum duarum. Cæterum si adita sit hereditas ab herede instituto, extinguitur Substitutio, l. 5. C. de Imp. & al. sub. Ut nec rescissa per restitutionem in integrum aditione substitutus admitti possit arg. l. 5. C. de imp. & al. subst. l. 7. §. 10. de minor. l. ult. ff. de success. * hereditate ad causam intestati redacta, Duar. b. t. cap. 10.

Pro alter semis legendum AS in l. 9. de heredi. inst. sec. Cujac.

Adita hereditate extinguitur substitutio.

AD THES. XXV.

NON EXTENDITUR] Imo extenditur per ea, quæ [illegible] adducit Struv. exerc. 33. th. 13. Adde & Schole. d. l. §. 7.

RECTISSIME CUJACIUS] Aliorum responsiones vide apud Struv. in resolut. exerc. 33. th. 14. Schole. de V. & P. subst. §. 9. Novam lectionem G. C. Crusii suppeditat Huber. ad Inst. de vulg. subst. in fine.

UT NEC RESCISSA PER RESTITUTIONEM] Mihi arridet opinio contraria per ea, quæ tradit Struv. exerc. 33. th. 17. n. 4. pro qua etiam facit arg. ex Authent. hoc amplius C. de fideicomm. Cum Auctore facit Schole. d. l. §. 15.

XXVI. Quod si ob delictum aliquod institutus, esse heres non possit, æquius est fiscum per substitutum excludi, arg. l. un. §. 13. C. de Cad. toll. Auth. hoc amplius, C. de fideicom. 10. ff. de Jur. Fisci. Ut & patrem per substitutum, filiof. hereditatem repudiante, quia venit casus vulgaris substitutionis. Don. c. 24.

AD THES. XXVI.

ESSE HÆRES NON POSSIT] Si intelligit delicta, quæ incapacem faciunt aliquem hæreditatis, bene se res habet, cujus rei exempla vide supra th. 13. Sed vix est, ut hæc ejus mens fuerit, quia si quis per ejusmodi delictum sit incapax, fisco non defertur hæreditas, sed venit, si non adsit substitutus, ad causam intestati. Ergo qui non foret hæres, inepte quæreretur, an possit a substituto excludi. Si itaque intelligit indignos, quibus ob delicta quædam aufertur hæreditas, verius est substitutum a fisco excludi, quia ejusmodi indignus revera hæres est, & manet, non obstante delicto, sed ei solum in pœnam aufertur a fisco hæreditas arg. tot. tit. ff. de his, quæ ut indignis Struv. exerc. 33. th. 94.

UT ET PATREM] Conf. Struv. exerc. 33. th. 24.

An pater filio pupillariter substituens prius sibi testamentum facere debeat?

Si testamentum paternum est nullum, substitutio pupillaris non valet.

Filio naturali pupillariter non substituitur.

Mater pupillariter substituere nequit.

XXVII. Pupillaris vel vera est, vel quasi. *pr. & §. 1. Inst. de pup. subst. l. 9. C. de Imp. & al. subst.* Illa fit a patre, *vel avo paterno, l. 1. 2. ff. h. t.* (*Modo sibi ipsi testamentum fecerit. §. 5. Inst. h. t.* * *Nisi sit miles, qui soli filio substituere potest. l. 2. §. 1. ff. d. t. Sed numquid ordo scripturæ servandus? Aut ipse filius impubes est institutus, & ordo scripturæ negligitur. V. G. si filius meus intra pubertatem decesserit, Sejus heres esto: Inde: Filius meus heres esto, l. 2. sed si quis 5. ff. de vulg. & pup. subst. Aut exheredatus & tum pater sibi prius, dein impuberi heredem scribere tenetur. l. 2. §. prius & §§. seqq. ff. h. t. Est autem testamentum Patris, principale,* αὐθεντικόν. *Gloss. Bas. in* μεγγηπτάδια *h. t. §. 1. l. sicut. π. quemad. test. ap. l. 2. π. de vulg. & pupill. Sed potest pater in tabb. sibi testamentum facere, filio autem impuberi per nuncupationem heredem substituere. l. 8. §. ult. de bon. poss. cont. tabb.*) *Etsi testamentum per bonorum possessionem contra tabb. l. 34. §. ult. ff. d. t. Vel testamentum paternum pro parte tantum rescissum sit. l. 8. §. 5. ff. de inoff. test.* * *Neq; videbitur hodie substitutio hæc, quemadmodum & alia testamenti capitula valere, si testamentum ipso jure nullum Auth. ex causa C. de lib. præter. Nov. 115. c. 3. in fin.* liberis, *etiam exheredatis. §. 4. Inst. h. t. l. 1. 10. §. 5. ff. eod. Etiam postumis. §. 4. Inst. & arrogatis. l. 10. §. 6. ff. h. t. (In bonis nempe, quæ habent ab arrogante, arg. l. 13. & seq. ff. de adopt.)* * *Non ergo extraneis §. fin. Inst. Nisi miles substituat. l. 15. h. t. Non item præteritis, nec filio naturali, nisi sub conditione legitimationis. l. in tempus ff. de heredi instit. Viglius ad pr. tabb. h. t. Vide Bach. ad Tr. p. 650. Gomez. tom. 1. c. 4. n. 3.* Impuberibus, *§. ult. Inst. l. 34. π. h. t.* * *Ut puberi facta nec in vim fideicommissi valeat. arg. §. pen. & ult. Inst. h. t. l. 7. ff. de vulg. & pup.* In potestate, *pr. Inst. & l. 2. pr. ff. h. t.* * *Non ergo a matre fieri potest arg. §. 10. Inst. de adopt. (nisi jure fideicommiss. vel quasi pupillari substitutione. Vide Dn. Richter. Decis. 44.) Nec filio emancipato. l. 2. pr. ff. d. t.* tum substitutionis, tum mortis tempore constitutis. *l. 41. §. 2. ff. h. t. arg. l. 49. §. 1. ff. de her. instit. l. 2. pr. ff. h. t. Viglius ad pr. Inst. de pupill. tab. n. 7. Donell. l. 2. c. 25 ibi Hillig. lit. N. Quid si medio tempore filius ex potestate exivit, & ante obitum testatoris in eam redactus fuerit, an valebit substitutio pupillaris?*

laris? Quod verius affirmatur per §. 4. Inst. de her. qual. & diff. vers. medio autem tempore l. 49. §. 1. de hered. inst. in eum casum, si heredes fuerint, & intra pubertatem decesserint *pr. Inst. h. t. l. 1. §. 1. ff. eod. Et ex Divi Marci & Veri constitutione simplex vulgaris aut pupillaris, in utrumque casum facta intelligitur, ita ut expressa pupillaris tacitam vulgarem, & vice versa contineat. Olim dubitatum fuit de expressa pupillari, ut patet ex Judicio Curiano, in quo nota fuit L. Crassi, & Scævolæ contentio. Vide Ciceron. pro Cecin. item in Bruto & 2. de Orat. Sed pro Curio substituto pronunciatum. Adde Quintil. 7. 6.* Qua ratione substituti excludunt omnes legitimos heredes. *l. 39. 70. de Acq. her. l. 89. de R. J. l. 8. C. comm. de succ. l. 71. C. de Imp. & al. sub. Jure quoque Canonico. c. 1. de Test. in 6. Etiam quoad legitimam, quia negato jure succedendi & impugnandi testamentum, etiam jus petendi legitimam negatur, & qui jus impugnandi testamentum habet, in solidum illud evertit, aut jure novo ad supplementum legitimæ agit. Bach. ad Tr. 2. XI. 9. B. Secus de Iure Saxonico per Nov. Aug. par. 3. const. 8. ubi statuitur, quod mater excludi non possit a legitima. Sed quid de avo aviaque maternis, hoc Saxonum jure? Dissentiunt iterum Dni. Antecessores Lipsenses a Scabinis consultissimis. Hi cum ICtis Ienensibus, adfirmant excludi. Dn. Carpz. d. Nov. 8. def. 5. Illi negant. Doctor olim meus Dn. Finckelth. obs. 29. n. 42. An* & matrem? *Nempe de jure communi. Nam de Saxonico jam præcessit. Interpretes cum veteres in sectas eunt, tum recentiores. In his & ICtorum Saxon. collegia: ICti Academici Lipsiæ, Dn. Finckelth. observ. 29. & Salana nostra, negant. Dn. Scabini Lipsenses adfirmant. Carpz. 3. 8. 1. H. Pistor. obs. 30. Horum sententia verior, per l. 8. §. sed nec. 11. de Inoff. test. l. 9. C. de Imp. & al. sub.*

Substitutio pupill. expressa tacitam vulgarem continet & vice versa. Pupillariter substituti excludunt legitimos heredes.

Etiam quoad legitimam. Et quare? Jure Saxon. mater per substitutionem pupillarem a legitima excludi non potest.

AD THES. XXVII.

SED NUMQUID ORDO SCRIPTURÆ] Possunt & textus illi conciliari, si distinguas, utrum institutio & substitutio fiat uno momento, an ex intervallo. *Struv. exerc. 33. th. 10.*

NEQUE VIDENTUR HODIE] Imo videbitur. *Vid. not. ad th. 19. verb. Non obstante Novella.*

ILLI NEGANT] Quam sententiam approbavit Serenissimus *decis. noviss. 41.*

NEMPE DE JURE COMMUNI] [illegible] quidem de substitutione pupillari expressa non videtur esse dubium propter *l. 8. §. 5. ff. de inofficios. test.* Sed tacita lis est.

HORUM SENTENTIA VERIOR] Vid. Struv. *ex. 33. th. 29. Franzk. exerc. 6. q. 7. Conf. Eckolt. de V. & P. Subst. § 23.*

XXIIX. Exstinguitur *pupillaris substitutio*. I. Si filius, vivo testatore, de ejus potestate exierit. *l. coheredi. 41. §. cum filio. π. eod. nisi subsit spes revertendi in potestatem jure postliminii, aut L. Cornelia l. 28. & seq. π. de Vulg. & pup. l. 10. §. ult. π. de Captiv.* II. Si ad pubertatem pervenerit. *l. in pupillari 14. π. eod.* aut ad eum pupillaris ætatis annum, usque ad quem pater ei substitutum voluit. *l. si itaque 21. π. eod. Quid si Pater ultra pubertatis annos substituerit, an, pupillo post pubertatem mortuo, substitutio valebit, saltem in vim fideicommissi. Nego §. pen. & ult. Inst. de pup. substit. l. 7. ff. h. t. Fachin. 4. contr. 44.* III. Si conditio substitutionis defecerit. *l. qui liberis. 8. ff. eod.* IV. Si testamentum Patris omnino fuit infirmatum. *§. liberis. Inst. h. t. l. 1. §. 1. π. h. t. secus si ex parte, veluti per querelam inofficiosi l. 8. §. sed nec impuberis. π. de inoff. test. aut jure tantum prætorio per bonor. possessionem contra tabb. l. ex duobus. 14. §. ult. ff. h. t.* Vel destitutum. *l. 16. §. ult. l. 2. §. 26. ff. h. t. Si tamen a patre sit institutus suus, ejus nuda exsistentia tabulas pupillares confirmat, quamvis postea abstineat. l. 12. π. h. t. l. 41 & 42. ff. de A. her. l. 28. de bon. auct. Jud. Bacch. ad Treutl. p. 665. lit. D. Sueholt. diss. 8. aph. 47. Nisi impubes coheredem extraneum habeat, & ambo hereditatem paternam repudient, postea pupillo intra pubertatem mortuo, locus non est substituto. arg. l. Julianus. 11. §. 1. ff. ad SCt. Trebell. Quamvis enim per abstentionem jura suitatis alias non tollantur: Quia tamen Pater non tantum ab impubere sed etiam ab herede extraneo vires testamenti suspendere voluit, secus est. Ludovell. tract. de ultim. vol. par. 2. pag. 298.*

Si pater pupillariter substituit, pupillo facto pubere, substitutio ne quidem in vim fideicommissi valet.

Nuda existentia filiifam. pupillare testamentum confirmat.

Jura suitatis per abstentionem non tolluntur.

XXIX. Quasi pupillaris, quam exemplarem vocant, est, quæ fit à parentibus, *utriusque sexus. ut & matri & aviæ competat l. 9. in fin. C. eod. Excepta matre, quæ ad secunda vota transit. arg. l. 22. §. pen. C. de adm. tut. Vide Giphan. ad l. 9. C. de Imp. & al. subst.* liberis mente captis. *d. l. 9. C. h. t. Etiam naturalibus & vulgo*

Subst. quasi pupillaris.

qua-

Digitized by Google

quasitis, a matre & avia. arg. d. l. 9. Quid vero de patre? Hunc naturali non posse substituere, verius est. Quia d. l. 9. de filiis loquitur. Filius autem est, qui ex justis nuptiis. l. 6. de his q. sunt sui vel al. Tum quod in d. l. 9. legitima fit mentio, quæ in naturalibus nulla. l. 2. & ultim. C. de nat. lib. furiosis & prodigis. *arg. l. 17. ff. qui test. fac. juncta l. 12. §. ult. ff. de tut. dat.* (non mutis & surdis, *quibus, absque permissu Principis, non recte substituitur. l. 43. ff. de vulg. & pup. subst. per l. 23. §. 3. ff. de fideic. lib.*) * *Hoc ordine, ut primo liberi furiosorum & mente captorum, vel,* [redacted] *non exstantibus, 2. Fratres & sorores, vel denique extranei substituantur. d. l. 9. C. h. t.* * *Sufficit vero unum ex liberis substitutum esse, reliquis impune præteritis. d. l. 8. §. 5. ff. de inoff. test. An & Exhæredatis? Quod communius receptum est. Vide Giphan. ad d. l. 9. ibi Carasi n. 13. Joh. Koppen pract. obs. lib. 1. obs. 144. n. 9.*

Pater filio naturali quasi pupillariter non substituit. Parentes liberis mutis & surdis non recte quasi pupillariter substituunt.

AD THES. XXIX.

VERIUS EST] Non quidem ob rationem primam, alias enim sequeretur, nec matrem posse substituere naturali, sed ob secundam, quia mater filio naturali legitimam debet *arg. l. 29. §. 1. de inoff. testam.* Et alias in materia successionis, respectu matris, non est differentia inter naturales & legitimos.

NON MUTIS ET SURDIS] Imo & his, scil. eo casu, quo ipsi testari nequeunt *arg. l. 9. C. de impub. & al. Subst. verbis Humanitatis ratione. Vid. Struv. Exerc. 37. th. 36. Eckolt. de V. & P. Subst. th. 30.* Non obst. *l. 43. ff. de V. & P. Subst.* Respondeo distinguendo inter Jus vetus Digestorum, ubi speciali impetratione semper in exemplari, quæ tunc non erat approbata, opus erat, & Jus novum Codicis, quo Imperator in *d. l. 9.* substitutionem exemplarem introducit. Nec obst. *arg. l. 23. §. 3. de fideicomm. libert.* Falsum enim est, quod nullum jus singulare, & prioris correctorium admittat interpretationem extensivam, quin potius secernenda materia favorabilis ab odiosa. In hac non procedit extensio *arg. d. l. 23. §. 3. de fideicomm. libertat.*; in illa procedit utique. Et si mutis & surdis non liceret substituere exemplariter, nec prodigis & furiosis id liceret (*arg. d. l. §. 3.* in qua opinione quoque est Huberus *ad tit. Inst. de subst. pupill. th. 4.* ex eodem principio id non inepte concludens) quibus tamen Auctor substitui licere admittit.

RELIQVIS IMPUNE PRÆTERITIS] *arg. l. 9. C. de impub. & al. subst. vid. Eckolt. de V. & P. subst. th. 31. & Huber. d. l. Dissentit* post alios Dn. Struv. *exerc. 37. th. 34. n. 1.*

AN ET EXHÆREDITATIS] Omnino *arg. §. 4. Inst. de pup. subst.*

Digitized by Google

XXX. Testamentum minus solenne, seu privilegiatum I. Est militis, *pr. Inst. de test. mil. De variis generibus militum hodie, vide Alciat. ad l. Centuria 15. de Vulg. & pup. Quales sunt Equites armati, Melitenses, cataphracti, praetoriani &c. Knenchel. de privil. mil. lib. 1. c. 6. objuris imperitiam, quod credunt, plerisque militaribus ingeniis subtilitatem deesse. Tacit. Agr. Origo a Jul. Caesare, l. 1. pr. h. t. Sed a Nerva demum & Trajano jus hoc constitutum: Sane erat & olim testamentum in procinctu: Sed ab hoc militari diversum, cum quod illud esset tantum nuncupativum, & coram tribus aut quatuor testibus, tum quod non nisi sub ipsum praelium fieret.* quod sine testibus subsistit, *modo voluntas eorum vel per scripturam testatoris, l. 40. pr. & l. 35. π. h. t. Obrecht. de dist. mil. th. 758. vel, in defectum, duobus testibus probari possit, §. 1. Inst. d. t. l. 24. l. 48. pr. ff. eod. Qua de re accurata consultatio fuit in Collegio ICtorum Lipsiensium Academico, anno 1617. Cum enim versus Hulam D. Christiano* Staffeln *respondissent, ad Testamentum militare scriptum, in castris factum, testes non desiderari, sequenti convenin aliter visum, nempe, quod ad omne testamentum militare, in castris vel in pagis factum, sive in scriptis sive sine scriptis, requirantur duo testes minimum, per gl. in l. 11. pr. verb. nuda voluntas, & in l. Lucius. 40. pr. ver. probationibus. π. h. t. & glass. in l. 15. C. eod. Bart. pr. Inst. d. tit. n. 4. Ioh. Ferr. ib. Angel. in §. plane n. 2. Inst. eod. Bartol. ad l. 1. π. h. n. 2. Roman. Cons. 306. Duar. ad tit. eund. c. 3. mihi fol. 428 Donel. ad L. milites 15. C. d. t. Schneidevv. ib. n. 14. ubi addit Wesenb. hanc esse communem ex Claro Gail. 2. O. 9. 8. n. 12. 17. Zas. cons. 1. n 14. usque ad finem, Colleg. Argent. tit. de Mil. test. th. 10. Et confirmat Maximil. I. constitutio de Notariis, anno 1512. rubr.* von Testamenten. §. Und sollen die Notarien. *Distinguit ergo usus fori, inter testamentum in conflictu & in castris factum, quam distinctionem sequitur & noster Ordo Iuridicus, & Dn. ICti Scabinatus Lipsiensis, Dn. Carpz. 3. 4. 26. Contrarium tamen de Iure Iustinianeo verius est. Non solum autem in militia, sed & ante militiam non jure confectum, nova militis voluntate accedente. §. 4. Inst. h. t. 9. §. 1. l. 19. §. 2. l. 20. §. 1. & l. 38. in fin. ff. eod. subsistit. Miles autem hic is intelligitur, qui in expeditione seu*

Testamentum in procinctu.

Quod a militari differt.

Ad omne testamentum militare requiruntur minimum duo testes.

Miles qualis h. l. intelligitur?

seu castris occupatus, d. pr. & §. 3. Inst. d. t. Non item si in ædibus suis pr. Inst. h. vers. illis autem, ἐν στεδέτοις. Theoph. Perperam. Sunt enim στεδῶτα, stativa l. 18. C. de Episc. aud. Suida, Φωσσάτον. Vide glossar. Rigaltii. Scalig. 2. Epist. 206. Trivorium obs. apol. p. 40. Non ergo sunt extra castra, qui in stativis; Quales limitanei & præsidiarii. Hos enim non fuisse extra castra, norunt, qui quæ castra Romanis vocata fuisse sciunt. Non enim ita solum appellabantur mansiones, quibus paucis forte noctibus agebant; sed & stativa, quas sedes dicebant, & hybernas, & ea, ubi perpetuæ stationes & prætentura contra hostem, ut in Euphratis, Danubii, Rheni alim ripis, die an Pässe und Gräntzen gelegte Schantzen. *Vid. Lips. de milit. Rom. lib. V. p. m. 213.* Festungen. *Connan. lib. 6. c. 5. n. 9. Cujac. consultat. 49. Sed aliud foro receptum. Finckelth. obs. 48. Carpzov. d. 10. defin. 28. De concionatoribus, consiliariis, medicis, cocionibus, seu venalitiariis castrensibus, nautis, remigibus idem adfirmamus, si in procinctu sint, & in hostico * decedant. arg. l. fin. ff. de test. mil. & l. un. ff. de bon. poss. ex testam. mil. * Eum quoque, qui in castris morbo correptus, commeatu impetrato, in urbem proximam, curationis causa, delatus est, in loco jure militiæ testari posse, benignius videtur. Wesenbec. cons. 17. * Et miles mutus, aut surdus effectus, etiamsi literas ignoret, ante causariam missionem in numeris manens l. 4. ff. h. t. Scholiastes Græcus, & Theoph. jure militari testari potest. §. 2. Inst. de test. mil. nempe ex accidente talis, non si natura. Notis etiam, seu literis singularibus hoc testamentum fieri potest. l. Lucius. 40. h. t. l. 6. §. ult. ff. de bon. possess.* Etiam post missionem, *honestam, vel causariam, non ignominiosam pr. & §. sed hactenus. Inst. h. d. t. l. testamenta. 26. ff. eod. l. pen. C. eod.* si miles intra annum, *τύχον τῶ δενδρωμένδεκάτω μηνί. Theoph.* decesserit. *§. 3. Inst. d. t. Quid vero, an hic annus etiam ad testamentum tempore pestis confectum extenditur? Negarunt Dn. JCti Acad. Lips. 11. Maji, 1633.* nec capitis diminutione minima fit irritum. §. 5. Inst. Heredes autem institui possunt etiam deportati. l. 13. §. deportati. ff. h. t. aliique omnes, qui testamenti factionem jure civili non habent. l. 5. C. h. t. Excepta focaria ejus. l. miles ita. 41. §. mulier. 1. ff. h. t. l. mulierem. 14. ff. de his quæ ut indig. Remissa autem*

Milites limitanei & præsidiarii non sunt extra castra.

Castra quid?

Qui ob morbum in urbem, proximam castris, delatus est, jure militiæ etiam testatur.

Quænam militi circa testandum non sunt remissa?

militi non sunt, sequentia: Captatoria institutio non valet. l. captatorias. 11. C. h. t. Dotalem fundum non potest legare. l. dotalem. 16. ff. h. t. Legatum & fideicom. ab exheredato vel præterito filio aut ejus substituto relinquere nequit. l. miles ita. 41. si miles ff. h. t. Tutorem dare non potest filio in potestate avi existente. l. 3. l. 41. §. mulier h. t. Edictum de temporibus bonorum possessionis ei non remittitur. l. in fraudem. 15. §. ult. ff. h. t. Et quædam alia.

AD THES. XXX.

OB JURIS IMPERITIAM] Ita quidem dicitur *pr. Inst. de milit. testam.* Sed hæc non est principalis ratio privilegii, sed potius laborum & periculorum functio, cum in castris & expeditionibus sunt *d. pr. Inst. & l. un. de bon. possess. ex testam. milit.*

BENIGNIUS VIDETUR] Si scilicet eo in loco mox moriatur.

TEMPORE PESTIS CONFECTUM EXTENDITUR?] De hac quæstione tres deprehendo sententias 1. Plane non extendi, quæ videtur mens esse Auctoris 2. extendi, h. e. valere testamentum tempore pestis conditum, etiam cessante peste, sed per annum saltem, cum qua facit Struv. *ex. 31. th. 21.* 3. Valere hoc testamentum etiam post morbum in perpetuum, quæ opinio est Carpzovii *P. III. c. 4. d. 5. & Schüz. in comp. Juris de testam. milit. p. 392.* quoque & mihi arridet per ibi tradita. In *prima* non hærendum est; cum nec rationem, nec legem, pro ea adducat Auctor. *Secundam* quod concernit, videtur ea niti *arg. §. 3. Inst. de testam. milit.* Sed respondeo: a testamento militis ad testamentum tempore pestis conditum N. V. C. quia in testamento militis omnes solennitates remissæ sunt *pr. Inst. d. t.* in testamento tempore pestis condito perpaucæ, sed hoc solennitates civiles adhuc suo modo habet *l. 8. C. de testam. Conf. Auct. th. 22.* Ergo valebit quoque ad instar solennis in perpetuum. Adde Carpz. *P. III. c. 4. d. 33. n. 10. 11.*

Testamentum inter liberos.

XXXI. II. Parentum inter liberos, *nempe si parentes liberos suos heredes instituant, Ant. Fab. 33. Err. 4. Gipb. ad l. ult. C. de codicill. Joseph. Lud. concl. 66. n. 15. quorum voluntas, sive ab ipso testatore scripta, aut saltem subscripta, vel coram duobus testibus nuncupata valet, Dn. Manzius, decis. palat. 34. etsi liberis inæqualiter institutis. l. 16. l. fin. C. fam. erc. l. 21. §. 1. & auth. quod sine. C. de test. Modo testamentum sit consummatum, non si affectum. Gail. Obs. 112. n. 14. Dom. ad L. 21. §. 1. n. C. de testam. Vide Berlich. decis. 90. Quare pecunia recondita cum hac epigrapha: Hæc pecunia spectat*

ad

Digitized by Google

ad meum nepotem, non haberi potest pro dispositione inter liberos. Manzius decis. pal. 35. * *Non vero quoad legata, vel fideicommissa extraneis relicta, d. l. 21. §. 1.* III. Testamentum rusticorum, *ubi quinque sufficiunt testes, si septem non reperiantur. & subscriptionis, ubi non sunt, qui literas norint, facta gratia. l. fin. C. de testam. Imo Jure Can. coram duobus testibus & parocho factum valere voluit. c. cum esses X. de Testam. An vero huc jus in Imperio receptum sit, dissentiunt, JCti Salani. Vide Dn. Richt. p. 1. decis. 27. A Lipsiensibus. Vide Dn. Carpz. Pr. Sax. p. 3. c. 4. def. 40.* IV. Ad pias causas, *jure Can. si coram duobus, vel tribus testibus confectum. c. relatum. 11. X. de test. Imo & sine testibus, si manu testatoris scriptum fuerit. Dn. Richter, par. 1. decis. 28. n. 15.* * *Non autem referimus huc testamenta coram Principe, vel actis judicii facta, quæ omnino solennibus potius annumeranda. Quia Principis autoritas & actorum fides omnes solennitates supplet. l. 19. C. de test. Ad ejusmodi autem testamentum judiciale an sufficiunt Judex & actuarius ejus, an & requiritur Scabinus seu assessor? Requirunt & Scabinos JCti Acad. Lips. Finckelth. obs. 63. quos sequitur Berlich. decis. 85. Solo judice contenti JCti ibid. Scabinales, Dn. Carpz. 3, 3. 15. & 6. Resp. 12. Quibus adstipulamur Jenenses: Res judicata anni 1633. ibi.* Nur vor dem Gerichts-Juncker. *Et hanc Scabinatus sui sententiam in novissimis decisionibus confirmavit potentissimus Elect. Saxon. decis. 45. Dummodo Actuarius præsens sit. Quid si testator testamentum ab actis rursus auferat? & domi recondat? An adhuc judiciale? Negant Dn. JCti Acad. Lips. responso, 12. Jan. 1614. 9. Aug. 1617. 14. Mart. 1634. Dn. Guiliel. Smuck in observ. MSCtis. Finckelth. observ. 12. Ads. Collegium Scabin. Carpz. 3, 3, 30. Elector. Sax. decision. novissimarum 44. Sententiam JCtorum Scabinorum probat, ibi:* So sol solch Testament, wenn die Verwahrung und das Gerichts-Siegel noch daran richtig und unverletzt ist, nochmahls vor ein beständig Gerichtliches Testament geachtet werden.

Testam. ad pias causas coram. 2. vel. 3. testibus valet. Testamenta coram principe vel actis facta sunt solennia.

AD. THES. XXXI.

PARENTUM INTER LIBEROS] De hoc quid Jure Saxon. observetur, vide omnino Carpz. *P. III. c. 4. d. 15. - - 25.*

AN IMPERIO RECEPTUM SIT] Puto non esse receptum, quia in dubio magis utimur jure civili, quam Canonico: Quæ vero a dissentientibus afferuntur prejudicia in contrarium, magis spectant consuetudinem specialem & particularem, quam universalem. Vid. Excell. Dn. D. A. B. Carpz. *disput. de privileg. rust. cap. 5. th. 7.*

IMO ET SINE TESTIBUS] Dissentit Carpz. *P. III. c. 4. d. 33.* Cujus sententia videtur verior ob rationes allatas & responsiones ad argumenta dissentientium, tum denique ob prejudicia subjecta, cum Richteri opinio his omnibus careat.

Mutatio voluntatis realis.

An sigillorum refixio casu an consulto in dubio facta præsumatur.

Testam. ad pias causas per posterius, licet solenne, non rumpitur.

XXXII. Ita Testamentum perfectum ex post facto evertitur, vel facto testatoris, vel absque eo, vi & potestate juris. Facto, mutatione voluntatis *pœnitentia, quod C. Fannio accidisse Plinius doles. 5. Epist. 5.* reali, *testamenti incisione, cancellatione, aut signorum revulsione. l. 1. π. de his, quæ in T. del. l. fin. π. de inj. rup. irr. L. 12. l pen. C. de test. Dummodo constet a testatore, tale quid tabulis factum. Secus ubi casu fortuito. L sing. Si tabb. testa. L. si unus. 12. C. de testam. Sed in dubio, numquid sigillorum refixio casu an consulto facta præsumetur? Distinguit Scabinatus noster, utrum testamentum repertum fuerit penes alium, ubi præsumitur casu factum. An penes testatorem, ubi præsumitur, consulto factum. Dn. Richterus tract. de testam. pag. 430. Dissentit Scabinatus Lipsens. Dn. Carpz. p 3. c. 5. d. 27.* Rupto a. testamento hereditas non ad fiscum: sed ad heredes ab intestato transit. Nisi appareat contraria testatoris voluntas. An testamentum sigillis avulsis, vel tabb. incisis rumpatur ipso jure, an ope exceptionis, vid Dn. Richter. de testament. p. 422. Excipitur solenne testamentum favore piæ causæ, conditum, quod per posterius, quamvis solenne, non rumpitur, nisi expressa & specialis revocatio adjecta sit, una cum revocandi causa. A. Fab. C. de SS. Eccles. def. 6. sed junge. 39 defin. Vel testamento posteriore perfecto. §. 2. Instit. quib. m. T. inf. l. 1. l. 16. de inj. rup. l. 17. C. de test. Quæ quæstio olim disputata inter Herodis filios Antipam & Archelaum. Vide Joseph. antiq lib. 7. c. 10.* Secus si imperfectum. l. 2. π. de inj. rup. irr. §. 7. Inst quib. mod. test. inf. Idque D. Pertinacis oratione cautum. d. §. 7. Julius Kapitolinus, Pertinace. Junge Quintil. decl. 308. Nisi factum sit jure militari, aut heredes instituti, ab intestato successuri. l. 2. ff. de*

ff. de inj. rup. l. 21. §. ult. C. de T. Vel si testator post factum testamentum se dederit arrogandum. l. pen. §. 2. ff. de B. P. sec. tabb. *Nisi sui juris denuo effectus se declaraverit eod. testam. mori velle. d. l. pen. §. 2. verb. plane. Quid si in primo testamento adjecta sit clausula, per quam derogatum secuturis dispositionibus? Nihilominus rumpi prius per posterius, tenet Scabinatus Lips. Carpzov. p. 3. c. 5. d. 15. A. Fab. dec. 37. Err. 7. & dec. 38. Err. 1. Contrarium respondit idem Faber. Cod. 6. 5. 9. Vide Dn. Richter. tract. de testam. p. 408. Quid si posterius desertum? nemo ex eo heres? Et perinde est, dummodo perfectum fuerit. §. 2. quib. mod. test. infir. & l. 16. ff. de inj. rup. irr. quid si in posteriore & prius valere testator jusserit? Tum prius ad causam fideicommissi trahitur, & heredes posteriores rogati intelliguntur, ut contenti rebus, in quibus instituti, vel detracta quarta, hereditatem restituat prioribus. §. 3. Inst. Quib. m. test. inf. l. si quis. 29. ff. ad SCt. Trebell. Quid si posteriores tabulæ hoc animo incisæ, ut priores valerent? Ruptum quidem posteriori prius, sed jure prætorio sustinetur, hactenus ut heredes scripti bonorum possessionem secundum tabulas priores petere possint. l. 11. §. 1. ff. de bon. poss. sec. tabb.*

Prius testamentum, utut ei sit adjecta clausula derogatoria, per posterius rumpitur. Si in posteriore testator prius valere jusserit, prius ad causam fideicommissi trahitur.

AD THES. XXXII.

IN DUBIO NUM QUID SIGILLORUM REFIXIO] Rem ita teneo: Sigilla refixa vel sunt testium, vel testatoris. In illis admitto sententiam Richteri, & exinde concludo, si sigilla testium apud testatorem ablata reperiantur, præsumi consulto hoc factum esse, & consequenter testatorem testamentum voluisse revocare. *Vid. Strub. exerc. 31. th. 48. 49. 50. 51.* Si vero testator ipse testamentum signaverit, & postea sigillum hoc remotum penes ipsum reperiatur, quamvis consulto hoc factum sit, nego tamen testamentum propterea censeri revocatum, per ea, quæ affert Carpz. *P. III. c. 5. d. 27. Strub. d. th. 51.* Quod vero Carpz. *ibidem* addit, nec testamentum judiciale, si id apud testatorem remoto sigillo reperiatur, per hoc censeri revocatum, id vix videtur convenire *decis. nobiss. 44.* ejusque verbis ab Auctore th. praced. adscriptis, nisi forte præsupponat ejusmodi casum, ubi testator, testamentum judiciale ab actis rursus abstulerit, sigillumque proprium violaverit quidem, salvo tamen sigillo judiciali.

NIHILOMINUS RUMPI PRIUS PER POSTERIUS] Scil. etiamsi expressis verbis prius in posteriore non sit abrogatum, de hoc enim est quæstio. *Vid. Strub. exerc. 31. th. 38. Brunnem. exerc. 12. ad §. 2. Institut. quib. mod.*

mod. testam. infirm. p. m. 93. (ubi & uterque de eo casu, si in priore testamento juraverit testator se non revocaturum?) & Carpz. opinio videtur verior.

Agnatione sui heredis rumpitur quoque Testam. Irritum quando fit testam. Testamentum desertum quid?

XXXIII. Potestate juris, vel solius, si rumpatur agnatione sui heredis, *qui neque institutus, neque rite exheredatus.* * *Ut nec virtute clausulæ codicillaris sustineatur. Gail. 2. O. 114. n. 8.* Aut irritum fiat, testatore capite deminuto. *§. 4. Inst. quib. mod. T. l. 6. §. 5. 6. 7. π. de inj. rup. irr.* & deserto testamento, *si nemo ex eo heres extiterit. §. 2. Inst. d. t. l. 1. in f. π. de inj. rup.*

Querela inofficiosi ex moribus & Jurisprud. media descendit. Querela in effectu ab hereditatis petitione non differt.

XXXIV. Vel intercedente officio judicis, instituta querela inofficiosi. *Quæ non descendit ex L. XII. tabb. ut tradit Theoph. An ex L. Glicia? Ita Cujac. parat. Cod. hic, P. Fab. in libb. Semestrium. & Cujac. 14. obs. 14. Sed verius est, moribus & Iurisprudentia media descendere. Aurel. Galv. de usufr. p. 64. Dicitur alias Centumvirale judicium, nomine generis, l. Titia 13. ff. h. t. l. 30. de Liberat. leg. l. ult. C. de her. pet. Nam omnis hereditatis petitio centumvirale judicium. l. ult. C. de pet. her. Cujac. not. ad tit. Instit. de inoff. test pr. Adde Cujac. 10. Obs. 20. Balduin. Iustin. p. 195.* Hæc est actio in effectu a petitione hereditatis non differens, *nec illius præparatoria duntaxat. l. 12. §. fin. & l. 15. §. 2. h. t. quemadmodum actio ad exhibendum rei vindicationis est quidem.* * *Tametsi & in modum exceptionis opponi possit, si exheredatus sit in possessione. l. 8. §. 13. π. h. t. juncta l. 16. §. 1. de R. I.* * *Imo & exheredatus simpliciter hereditatem petere, & de titulo excipienti, querelam, in modum replicationis, opponere posse videtur. Paul. 4. sent. 5. & ibi Cujac. Quod si exheredatus sit emancipatus filius, ad præparandum querelam opus habet agnitione bon. possessionis l. 6. §. ult. l. 7. h. t. & l. 17. C. eod. Quæ litis ordinandæ gratia vocatur. l. 8. π. h. t.*

Bonorum possessio litis ordinandæ gratia, quibus detur?

AD THES. XXXIV.

A PETITIONE HÆREDITATIS] Adde Struv. *exerc. 10. th. 4. & in resolut. h. t.*

Competit iis quibus hereditatis quædam portio debetur.

XXXV. Competens his, quibus debetur *hereditatis* quædam portio. *Testamento certis personis relinquenda ut testamentum subsistat. Latinis, Legitima, debita portio. Græcis, νόμιμον μέρος, νόμιμον ποσημόριον. Et considerata formaliter ratione definita quanti-*

titatis, est juris civilis. Unde Iust. in l. 36. §. 1. C. de inoff. T. portionem hanc per leges definitam dicit. Adde l. 6. in pr. C. de sec. nupt. Nov. 18. c. 1. Nov. 1. §. 1. Ratione autem sui materialis, nempe, ipsius juris succedendi, quod naturali jure debetur, naturale debitum vocatur. l. 36. §. ult. C. de inoff. T. Unde illo modo considerata tolli, non vero posteriori potest. Suthols. 9. th. 34 & seqq.*

Legitima quatenus est juris civilis?

XXXVI. Ejus quantitas jure veteri fuit quadrans. *l. 8. §. 8. h. t. seu quarta pars portionis ab intestato debitæ. l. pen. C. h. t.* Jure novo *Nov. 18. c. 1.* triens, si quatuor, vel pauciores: Semis, si plures quatuor liberi. *Quod si ex uno filio præmortuo quatuor, ex altero tres nepotes superstites sint, vel si quoque cum patruo concurrant, parentum numerus spectandus, & secundum illum legitima quantitas æstimatur.* Augmentum putem trientis (nam parentum numerus ad quinarium adscendere nequit). & ad parentes pertinet, propter clausulam generalem in f. d. c. 1 positam. Et quia regula correlativorum etiam in correctoriis locum habet. l. fin. & ibi Bart. C. de ind. vid. Necnon arg. §. 3. Instit. de succ. libert.* Ideo & de fratribus idem, statuimus; Theodorus Diaconus:* νόμιμον μέρος ηὔξησεν ἐπὶ τῶν ἀνιόντων, καὶ κατιόντων ὁμοίως καὶ ἐπὶ ἀδελφῶν, *citante JCto Excell. Fabrot.*

Legitimæ quantitas jure veteri quadrans. Jure novo triens vel Semis.

Augmentum trientis ad parentes pertinet. Ut & ad fratres.

AD THES. XXXVI.

EX UNO FILIO PRÆMORTUO] Aliud si ex unico filio mortuo adsunt quinque nepotes, quibus debetur semis *Carpz. P. III. c. 12. d. 11. Conf. infra dissert. 11. th. 17.*

AD QVINARIUM] Nisi forte parentes sint in gradu tertio, qui tamen casus est rarissimus, imo non dabilis.

ET AD PARENTES PERTINET.] Adde iterum Struv. *exerc. 10. thes. 13.*

XXXVII. Computatur legitima deducto prius hereditatis ære alieno, *funeris impensis, & pretiis servor. manumissorum. l. 8. §. 9. h. t. Etiam tum, quando titulo institutionis relinquitur, cum ejus quantitas aliter sciri non possit. Quamvis ratione actionum & cæterorum onerum hereditariorum liberi vel in legitima, vel simpliciter instituti, pro rata suæ portionis, non minus quam alii coheredes creditoribus hereditariis respondere teneantur. * Adeoque est portio, non bonorum, sed hereditatis. Franzk. h. t. n. 46. Nisi forsan institutio intuitu*

Computatur legitima deducto ære alieno.

Legitima est portio hereditatis.

legitima in re singulari & certa facta: tunc enim filius, si coheredem habet, hereditatem adeuntem, pro legatario. l. 13. C. de her. inst. Quæ computatio ad mortis tempus exigitur, *l. 6. C. h. t. l. 24. ff. quæ in fr. cr. l. 73. l. 30. ad L. Falc.* * *Unde nec vivo patre de legitima quæri potest, vel Pater ex delicto cogi, filio legitimam solvere. Magn. Dn. B. Carpz. Iur. for. 3. n. 10.* computatis omnibus, quæ ex bonis testatoris profecta sunt. *l. 8. l. 35. §. ult. C. h. t. l. 25. π. h. t.*

Vivo patre de legitima quæri non potest.

Legitima & hodie titulo particulari relinquitur.

XXXIIX. Relinquitur *non minus, quam jure veteri, hodie* quocunque titulo particulari, *Nov. 115. c. 3. Claudius de Battendier tr. de legit. c. 9. Arumæus, Exercit. ad Instit. X. thes. 18. Vandus. 1. q. 5. Forcat. Dial. 35. Per auth. Novissima, & ibi Gloss. lit. C. C. de inoff. test. Pacius comment. ad § igitur 6. Instit. de inoff. testam. Eadem & Cujacii esse mens videtur, ad §. Igitur quartam. 6. Inst. de Exher. ibi: Ceterum ex Nov. 115. quarta non excludit querelam, sed elogium in testamento adscriptum & comprobatum ab herede: Quod non ideo Iustinianus constituit, ut jure hereditario relinquatur &c. Hæc Cujac.* dummodo is, cui relinquitur, sit institutus, *vel nudo nomine, vel in re certa, etiam minima;* sin exheredatus *illegitime, & non secundum formam Nov. 115.* ut maxime titulo particulari longe plus legitima habeat, quæri adhuc potest. *Vide disp. 4. ad L. decis. c. 3. n. 6. Quid si pacti sint, ne querela uti liceat? Vide l. 35. §. 1. C. de inoff. test. Ubi plenius diximus, d. disp. 4.*

Modo is cui legitima sic relinquitur, sit institutus.

AD THES. XXXIIX.

NON MINUS QVAM JURE VETERI HODIE] Imo hodie titulo universali relinquenda est legitima *d. Nov. 115. cap. 3. 4. 5. Conf. Struv. exerc. 10. th. 30. & ibi in resolut.* ubi respondet rationibus dissentientium. (Conf. tamen not. seqv. & Auctorem in thesi, verb. nec prodest relictum esse tantum) Convenit Jus Saxonicum *P. III. c. 9. & ibi Carpz. def. 1. & 2. Conf. tamen def. 8. & 9.*

DVMMODO IS, CVI RELINQVITVR, SIT INSTITVTVS] Sed nescio, an non hæc contradicant prioribus: si enim ad legitimam sufficit quicunque titulus particularis, non opus est institutione, utpote quæ tribuit titulum universalem.

Querela liberis inique exheredatis datur.

XXXIX. Debetur autem legitima liberis, parentibus, & fratribus Germanis. Itaque querela dabitur vel inique exhereda-

datis liberis, quæ iniquitas alia jure veteri, *non* consistens *in exheredatione, qua licitè fieri poterat; sed* in quartæ ademtione, *cujus intuitu testamentum inofficiosum dicebatur:* Alia jure novo: Ubi *injuria pracise est in exheredatione, nec prodest, relictum esse tantum, quantum debebatur, titulo aliquo particulari: Sed* spectatur, an juste, ex causa legitima exheredatio facta; Nulla enim causa ingratitudinis adscripta, vel *adscripta; Sed* non ex designatis ab Imperat. *N. 115. aliqua* vel *tali quoque: sed* non probata ab herede; testamentum, *vi exheredationis, subsistit quidem etiamnum ab initio, ipso jure: At cum effectu non sit exheredatio: sed testamentum* per querelam rescindi potest. *Secus atque communiter statuitur. Vid. Viglium ad rubr. h. t. num. 5. Giphan. in Auth. non licet C. de lib. prater. Donel. 6. Comm. 13. Franzk. Ex. 6. q. 4. Sutholt. diss. 9. th. 64. Cum Justinianus circa formam & solennitatem externam testandi in d. N. 115. aliquid disponere novi noluit: sed effectum duntaxat exheredationis inhibere, & viam querela proniorem facere.*

Quæ iniquitas jure veteri in quartæ ademtione; novo, in exheredatione consistit.

Si in testamento nulla ingratitudinis causa sit adscripta a parentibus &c. an sit adhuc rescindendum?

AD THES. XXXIX.

NVLLA ENIM CAVSA INGRATITVDINIS ADSCRIPTA] Verius est de Jure Novellarum, non opus esse querela inofficiosi, si nulla causa exhæredationis fuerit adscripta, seu adscripta quidem, verum non aliqua ex designatis ab Imperat. *in Nov. 115.* cum his casibus testamentum nullum sit, sed tum demum, quando causa ex *Nov. 115.* est adscripta, sed non probata ab herede, per ea, quæ tradit Dn. Strue. *exerc. 40. th. 15. & latè in resolut. ibid.*

SED NON EX DESIGNATIS AB IMPERATORIBVS] Hac occasione quæsitum fuit, si pater filium pro se fidejubere nolentem exheredaverit, an hæc causa exhæredationem sufficiat? Affirmant Dnn. Scabini Lipsienses, & cum iis Berlich. *Part. 1 dec. 36.* Negat Ordo JCtorum Lips. quos sequitur Finckelth. *obs. 99.* Horum opinionem confirmavit Sereniss. *decis. noviss. 51.* quia scil. *Nov. 115. cap. 3.* expresse constituit, alias causas ingratitudinis in exheredatione non esse attendendas.

DISPONERE NOVI NOLVIT] Imo voluit *arg. d. Nov. 115. cap. 3. pr. verb. Non licere penitus, & cap. 4. pr. verb. Non licere liberis.*

XL. Vel præteritis, nempe a matre, *aut parente materno (non paterno, quia ejus præteritio, hodieq; testamentum facit ipso jure nullum.) Quorum præteritio pro exheredatione habetur, ut rescissa opus sit. §. ult. Inst. de Exh. N. 115. c. 3.* Sed hoc tantum casu, si, omisso fi-

Datur & querela liberis præteritis a matre.

Digitized by Google

filio, extraneus heres scriptus sit. *l. 27. §. ult. h. t. cum l seq. Pacius Meth. C. h. t. c. 6. num. 24. Quomodo Assudius Curianus a matre Pomponia Gratilla, heredibus institutis Plinio secundo, & aliis. Plin. 5. Epist. 1. Secus est, si alii filii instituti sint.* Vel denique æque exheredatis ac præteritis parentibus, & fratribus, a liberis, & fratribus germanis. *Sed hi quidem in hoc solo casu, ubi turpes personæ præ illis institutæ, quales & spurios esse putamus; qui saltem infamia facti laborant.*

Parentes habent querelam, sive sint exheredati sive præteriti. Spurii infamia facti laborant.

AD THES. XL.

NEMPE A MATRE] De jure novo nec præteriti a matre querela opus habent, sed testamentum nullum est *arg. d. Nov. c. 3. pr. verb. Non licere penitus patri & matri.*

SECVS EST, SI ALII FILII] Sed unde hæc sententia probatur? sane textus allati *l. 27. §. ult. & l. seq. ff de querela inoff.* hoc non evincunt.

PRÆTERITIS PARENTIBVS ET FRATRIBVS] De fratribus concedo, quod, etsi præteriti sint, fratris testamentum jure subsistat, de Parentibus nego, per ea, quæ iterum habet Struv. *exerc. 10. thes. 17. & 18.*

VBI TVRPES PERSONÆ PRÆ ILLIS] *L. 27. C. h. t.* Sed quid si & frater sit turpis persona? cessare querelam inofficiosi arbitror cum Eckolt. *de inoff. testam. §. 4. Perez ad C. de inoff testam. n. 12. arg. l. 11. in fin. C. d. t. L. 47. ff. solut. matr.* Non obstantibus iis, quæ in contrarium affert Dn. Struv. *exerc. 10. th. 18. & in resolut ibid.*

QVALES ET SPVRIOS] Utique *arg. d. l. 27.* quia levi macula eos notatos esse nemo negabit. *Vid. Huber. ad Inst. de inoff. testam. th. 3. Brunnem. ad. d. l. 27. C. h. t.* ubi dissentientes & consentientes plures adducit.

XLI. Ut rescindatur testamentum, *paganorum, non militum l. ult. C. h. t. Don. 19. 5. Iure veteri in totum, ut nihil ex eo deberetur. l. 28. l. 8. §. 13. h. t. l. 13. C. eod. Unde legatarii, quorum interrat, appellare poterant, si contra testamentum pronunciatum esset, l. 29. pr. h. t. * Jure novo*, sola heredis institutione eversa, cæteris salvis manentibus. *d. Nov. 115. c. 3. in f. & c. 4 in fin. * Quod si extraneus heres scriptus, & tota hereditas petita, tota institutio rescinditur: Pro parte vero, si alter filius institutus fuerit. l. 15. §. ult. l. 19. l. 24. h. t.*

Jure novo, rescisso per querelam testamento, sola heredis institutio evertitur.

AD THES. XLI.

PRO PARTE VERO] Vide alios casus apud Struv. *Exerc. 10. th. 25.*

XLII.

XLII. Et simul hereditas vindicetur, *tum demum vero hac actio locum habet, ubi hereditas per scriptum heredem fuit adita: l. 34. in fin. l. pen. §. 2.*

XLIII. Cessat autem hæc querela, si aliud remedium exheredatis, vel præteritis suppetat. §. 2. *Inst. h. t. l. 16. ff. de min. l. f. C. de lib. præt.* vel ipsi renunciaverint, *l. 15. §. 1. ff. h. t.* * *Vel legatum agnoscendo sibi fuisse relictum. l. 10. §. 1. l. 12. pr. π. h. t. Vel aliter in judicio defuncti adquiescendo. l. 8. §. 10. l. 23. l. pen. ff. eod. Quod fecit Afronia F. quæ cum a matre præterita esset, cum sorore sacramento contendere noluit. Val. Max. 7. 8. Vel si heres scriptus repudiet hereditatem. Quo casu re sine nota ad causam intestati redacta, cessat querela. Secus atque in B. Poss. contra tabb. quæ contra lignum datur, locum habens, etsi nemo heres exstiterit. l. 4. l. 19. de B. P. c. tabb.* Cessat querela, si ipsi renunciatum. Quæ renunciatio fit non uno modo.

XLIV. Subsistente vero testamento hereditas adquiritur vel ipso jure heredibus necessariis, *servis.* §. 1. *Inst. de her. qual.* & suis, *liberis testatoris, in potestate existentibus gradu proximis.* §. 2. *Inst. h. t. §. 2. Inst. de her. quæ ab int. l. 14. de suis & legit.* Etiam invitis: *Quibus jure tamen prætorio datur beneficium abstinendi.* §. 2. *h. t.* Si se immiscuerint: Extraneis vero per aditionem hereditatis. *l. 7. §. 9. π. de Min. §. 3. & 5. Inst de her. qual.* * *Est autem adire hereditatem, verbis voluntatem suam declarare. §. fin. Instit. d. t. Ideo mutus & surdus pro herede quidem gerere, sed hereditatem adire non potest. l. 5. l. 93. §. 2. de adq. vel omit. her. §. ult. Instit. de her. qual. & diff. Erat & CRETIO, de qua Ulp. t. 20. Varro 4. de LL. ejus, nec non aditionis symbolum erat digitorum percussio Cic. 3. off.* Vel pro herede gestionem, *quæ fit re vel facto, §. 6. Inst. d. t.* Et *ita adquisita hereditas fit proprium heredis patrimonium, nec repudiari amplius potest. §. Extraneus Inst. de her. qual. & diff. Sed numquid repudiari potest, adita cum beneficio inventarii? Adf. Dn. Carpz. 1. Decis. 25. Dn. Franzk. resol. 6. l. 3.* Adire hereditatem quid? Mutus & surdus hereditatem non adeunt. Aditionis Symbolum digitorum percussio. Pro herede gestio quid?

AD THES. XLIV.

ADITA CUM BENEFICIO INVENTARII] Etiam de Jure civili per tradita a Dn. Carpz. *d. loc.* Sed quid si hereditatem quis adierit, inven-

 tarium

tarium tamen non confecerit, an & is repudiare potest? De Jure civili negandum. Vid. Carpz. *lib. 1. dec. 25. n. 19. seqq. & lib. 6. Resp. 73. n. 4. & seqq.* De Jure Saxon. affirmandum, quamvis dissenserit Ordo Juridicus Lipsiens. a Dan. Scabinis *Carpz. d. Resp. 73. n. 13. & seqq.* Vide tamen, quæ in *noviss. decis. 57.* observanda, quoad hanc renunciationem, præscripsit Serenissimus.

Omisso inventario, hereditatem adiens, ultra vires hereditatis tenetur.

Etiam jur. Can.

XLV. Succurritur autem heredibus, *tam suis, quam extraneis*, jure deliberandi, *utrum hereditatem adquirere, nec ne, velint.* §. 5. *Inst. d. t. l. 8. l. 9. de jure delib.* Et confectione inventarii; *quod est legitima bonorum hereditariorum in scripturam redactio;* Quo de vide *l. fin. C. de jure delib. quo omisso, si quis hereditatem adierit, etiam ultra vires hereditatis tenetur. d. l. fin. §. 14. C. de jur. del.* * *Etiam d. jure Canon.* * *Etsi sit filius. arg. d. l. fin. §. 2. & §. 12.* * *Vel Ecclesia Nov. 1. c. 4. Nisi testator confectionem inventarii remiserit. arg. de Nov. 1. Quod tamen in præjudicium creditorum fieri nequit. Fach. lib. 6. c. 25. Inventarium autem ita secundum præscriptum Imperatoris confectum, si quis fraudis vel imperfectionis, & defectuum arguat, is debet probare, res plures in hereditate fuisse; non heres. Rom. Consil. 276. in f. Hunded. conf. 35. vol. 1. Dan. Matth. 2. semestr. 14. n. 5. Rauch. q. 29. n. 7. Wesenbec. conf. 3. n. 47.*

AD THES. XLV.

ETSI SIT FILIUS] An & fratres & sorores sibi invicem teneantur ad inventarium, vel juratam specificationem, edendam? Affirmatur per tradita a Carpz. *lib. 6. Resp. 65.* Quamvis sine causa contrarium judicaverit Curia provincialis VVitebergensis.

Testamenta cui sint aperiantur?

XLVI. *Ut autem, an agnoscere, an repudiare hereditatem prosit, constet*, testamenta aperiuntur, eaque inspiciendi copia & *describendi cuilibet* postulanti. *l. 1. pr. ff. Test. quem. ap.* datur coram judice competente. *l. 1. C. test. quem. ap.* testatoris, *non heredis, tertio vel quinto die a morte testatoris. Jure Sax. trigesimo* citatis, quorum principaliter interest, *Menoch. de rem. adip. 4. n. 660.* & testibus, *l. cum ab initio. π. h. t. Vide Sueton. Tib. c. 23. Julio c. 83.* Mittitur etiam scriptus heres in possessionem rerum hereditariarum *tit. C. de Ed. D. Had. Toll.* per judicem competentem. Denique aufertur quibusdam *ut indignis hereditas, de quibus tit. C. de his quib.*

quib. ut indig. Quo pertinet & SCt. Sylanianum tit. π. de SCt. Syll. & t. C. de his quib. ut indig.

DISSERTATIO X.

De

Legatis, Fideicommissis & Codicillis.

RESPONDENTE

FELICE SPITZIO, Ronneburg. Misn.

APHORISMUS I.

TEstamentis accedunt legata, fideicommissa, & codicilli, *non ut pars essentialis, nec ut subjectiva seu species testamenti, nec ut integralis: sed ut accidens. Quia legata hodie extra testamentum relinqui possunt. Et codicilli etiam ab intestato sunt.* Legatum, *quo nomine interdum tota venit dispositio testamentaria directa, l. 120. de V. S. interdum res ipsa particularis relicta, vel titulus, ut t. t. pro legat. vel ipse legandi actus, secundum quam acceptionem* est donatio. *§. 1. Inst. de legat. l. 36. de legat. 2.* quædam, a defuncto relicta, additur hodie; ab herede præstanda. *Quæ verba nec veteres libri agnoscunt, MSCti, nec Theophilus, nec Harmenopulus lib. 5. tit. 10. nec veteres Interpretes Latini, inter quos Accursius. Ut rectius deleantur. Confer Walthe-rum. l. miscell. 7. Aurel. Galvan diss. 40. pag. 580. Et si retenta commode queant explicari. Quod præstit novissime Dn. Eyben. JCtus Giessens. obs. ad Inst. Disp. XI. obs. 6.*

Testamentis legata, fideicommissa & codicilli accedunt ut accidens.

Legatum varie accipitur.

In definitione legati verba: Ab herede præstanda commode explicari possunt.

II. Ejus olim erant quatuor species, *dissentiunt A. Fab. 6. Conj. 1. Casp. Schiferd. 3. tr. 27. q. 10. Arum. Exerc. Inst. 9. thes. 2. per vindicationem, damnationem, sinendi modum, & præceptionem. §. 2. Inst. h. t. Ulp. frag. t. 24. Paul. sent. 37. Per vindicationem verbis ad legatarium directis: do, lego tibi hunc servum, capito, habeto, sumito. Qua forma simul heres hereditatem adierat, legatarius rei legatæ fiebat dominus, etiam ante traditionem. Per damnationem,*

Legatorum olim species quatuor.

eam

cum heres verbis ad seipsum directis jubetur dare : heres meus damnas esto dare, heres meus dato, heredem dare jubeo. Nota D. D. E. dare damnas esto. Sinendi modo, ex utroque mixto, ut damno heredem, ut sinat legatarium tollere. Praeceptione, cum unus ex heredibus quid pra aliis capere jubetur. Lucius Titius illam rem pracipito. Nota Iuridica Magnonis & P. Diaconi P. S. T. Q. H. pracipio, sumito, tibiq; habeto. Vide Scholiasten Horat. 2. Sat. 1. Hinc pralegatum, pracipuum, quod ante communionem capitur. Festus : Excipimus. Gloss. Philox. Praeceptio, ἐξαιρέτη δόσις. Et ita Donatus ad V. Æn. pracipuum exponit. Vide incomparabile seculi ornamentum Fabrot. ad Theoph. ex Scholiaste Theoph. Sic Gregorius Nazianz. Gregorium Diaconum & heredem suum pracipere jussit quinquaginta solidos. Ita & Pompejus Reginus fratrem, Val. 7. 8. 4. Sed numquid hac quatuor genera in solis rebus singulis obtinuerunt, non item in legato partitionis? An istud, quintum legatorum genus constituebat? Ita A. Contius. 2. subcis. c. 12. Alex. Turam. de exaq. leg. c. 2. num. 4. & seqq. Dn. Ungepaur. Exerc. 8 q 14. in Nego. Sed valde dubito. Nam non plura quatuor agnoscit Justinianus, nec differentia horum ab objecto, sed a forma. Et Ulp. tit. 24. sicut singulas res, ita universarum summam legari posse ait. Et denique formula, qua apud Ulp. d. l. & l. 164. §. 1. de V. S. habetur, nil nisi legatum damnationis tinnit. Quid vero impedit & reliquis tribus modis relinqui potuisse? Vid. Cajus lib. 2. Instit. tit. 5. Ulp. in frag. tit. 24. Sed hodie non solum differentiæ hæ sublatæ, *vide Merill. 6. obs. 32. & 33. Constabat autem natura harum specierum partim voluntate testatoris, partim, quibus diximus, formulis, partim effectibus. qui potissimum consistebant in actionibus, quibus legata persequimur : Ex his tribus nomina & formulas Justinianus sustulit, actionesq; cuilibet speciei proprias, communes fecit, in quantum nempe voluntas testatoris, & rei legata conditio non obsistit. Ita etsi adhuc in Pandectis formula ista occurrunt, non propterea tamen distinctio adhuc durat, sed argumentum est libera adhuc hodie testatorum voluntatis, quam conservasse adfirmat Justinianus § 2. vers. nostra autem. Inst. h. t. l. sing. §. Sin autem disjunctim. C. de Cad. toll.* Sed & fideicommissa, legatis & vice-

Prælegatum præcipuum.

Legatum partitionis non constituit quintum legatorum genus.

Differentia inter quatuor illa legata, hodie sublata.

Nec, ob formulas in Pand. occurrentes, adhuc durat.

ceversa exequata sunt: de quorum differentiis, quæ & quot olim fuerint, *vide Gipban. in l. 2. C. comm. de legat. Cujac. parat. C. de fideic.* per omnia. *L. 1. ff. de leg. 1. Ante etiam Iustinianum, nempe quoad interdictum, quod legatorum, quod Ulpianus interpretatus est. lib. 67. ad Edict. unde petita, d. l. 1. itemque in L. Iul. Papia. l. 87. de legat. 3. L. Ælia Sent. l. 27. cr. Quid & a quib.* * *Sed a Iustiniano demum* & in omnibus. *§. 3. Instit. h. Vide Fr. de Amaya 2. O. 3. sed simplicius & verius est dicere, istud, PER OMNIA, in l. 1. a Triboniano esse. Non ratione tamen essentia, quasi legatum sit fideicommissum & contra; sed ut qualia & quæ testatoris cunque verba sint, ea tam legati, quam fideicommissi vim debeant habere, & perinde sit, testator directis an precariis verbis usus fuerit. Manet ergo adhuc differentia specifica, & quas inducit aut qualitas rei, aut voluntas defuncti; Nec solum legata rerum singularum fideicommissis particularibus; Sed & legato partitionis fideicommissa universalia, & viceversa exequata. Est autem legatum partitionis, quo heres cogitur hereditatem cum legatario dividere §. 5. Instit. de fideic. her. Hac enim formula; Titius heres esto, partitoque hereditatem meam cum Sejo, parte dimidia, Theoph. Instit. de fideic. hered. Hinc heres partiarius, quo cum partiens est heres. Ulp. frag. tit. 25. §. 15. Gloss. Græc.* ἡμισυμέριτος, ἤγουν ἥμισυ μέρος λαμβάνων. *Exemplum apud Cicer. pro Cluent. Potest tamen & alia pars veluti tertia vel quarta legari. Ulp. tit. 24. l. 164. §. 1. de V. S.*

Legata & fideicommissa quat. ante Justin. legatis exequata?

Explic. l. 1. ff. de legat.

Legata a Justiniano ratione essentiæ non sunt exequata.

In quo ergo alias?

Legatum partitionis quid?

Heres partiarius.

AD DISSERTAT. X.

AD THES. II.

A*UT QUALITAS REI*]. Cujus exemplum cape ex *§. 1. Inst. de sing. reb. per fideic. rel.*

III. Legari possunt res omnes in commercio, *non ergo res sacra, sancta, religiosa, quarum nec æstimatio debetur. §. 4. Instit. h. Horti Salustiani, (sub Quirinali extra pomærium, ad Collinam portam.) Meminit Plinius 7. c. 16. Tacitus. 13. Ann. 47. & 3. hist. 82. Dio lib. 43. Vopiscus Aureliano, c. 49. Fundus Albanus (Meminit Suet. Domit. c. 19. Mart. 4. Epig. 1. Plin. 4. Epist. 12. ad Minutianum) qui usibus Principis destinabatur. l. 39. §. 8. & ult. de leg. 1. Item ea, quorum*

Horti Sallustiani.

rum per accidens jam non est commercium, mancipia Christiana Judaeo. t. Cod. Ne Christ. mancip. columnae, marmorum aedibus junctorum, l. caetera. 41. §. 1. seqq. l. 42. & 43. de leg. 1. tam corporales, *ut triticum, vinum, oleum. t. t. ff. de trit. vin. ol. leg. instrumentum fundi. t. t. ff. de instruct. vel instr. leg. Pen. t. π. de pen. leg. supellex. t. π. de supell. leg. alimenta, cibaria. t. alim. & cib. leg. Aurum, argentum, mundus ornamenta, unguenta, vestis, vestimenta, statuae. tit. π. de auro, arg. leg.* quam incorporales. *§. 21. Inst. h. t. l. 40. de leg. 2. uti nomina. §. 21. Inst. h. ut heres legatario actiones praestet. l. 75. §. 2. l. 105. π. de leg. 1. juncta. l. 18. C. eod. Quis si nolit, utiles actiones legatario competunt. l. 16. pr. π. de pact. l. 18. C. h. t. Servitutes. §. tam autem. Instit. h. t. tam personales, arg. t. t. de usufr. leg. quam reales. t. t. de serv. leg.* * *Sed numquid interveris, inter usumfr. bonorum. & rerum legatum? Nihil interesse videri Venulejo, lectio l. ult. π. de usufr. leg. imputat. Sed veteres editiones, pro NIHIL, MULTUM praeferunt. Inde Haloander, NON NIHIL. Certe hoc NIHIL pandectarum Florent. nihil esse videtur. Quid si abjiciatur totum illud, & caput legis fiat, vox sequens, INTEREST? Nam differentiam omnino esse, contextus urget. Nempe bonorum usufr. legato, aes alienum deducitur. Deinde, quod in actionibus erit computabitur. Quae secum habent in usufr. certar. rerum legato. Quid si cum Heraldo, rer. jud. l. 2. c. 3. num. 14. INTEREST; UTRUM BONORUM QUIS AN RERUM CERTAE PARTIS? explicatio retinentis Florentinam Cujacii Recit. solen. ad l. 32. § fin. ff. de usufruct. leg. & Lyclama 7. Memb. 45. §. 1. coacta videtur. Illud autem TERTIAE, retinendam, facit d. l. 32. § ultim. & Ulpian. l. sing. reg. de decimis.* Mobiles, *pecunia, quae in domo, vel capsa testatoris reperiuntur. l. 79. §. 1. junct. l. 69. §. 1. de leg. 3. Nisi foenori, vel emtioni immobilium destinata fuit. Trentl. thes. 4. l. 6. Quid si argento, quod in domo est, legato, reperiatur etiam chirographum super poculo aureo v. g. quod ab alio, quam herede tenetur, an & hoc poculum legatum censebitur? Est, qui negat propter l. Gajus Sejus. 86. pr. π. de Leg. 2. ibi Bart. & Dd. nec non Cujac. ad Paul. Deinde quia corpora sola dicantur esse in loco. Non jura & nomina. Ergo nec in domo. Sed re-*

An differentia sit inter usumfr. legatum rerum de bonorum?

Declaratur l. ult. Pand. de usufr. leg.

Si argentum, quod in domo est, legatur; censetur legari poculum aureum, quod ab alio quam herede tenetur.

rectius Iuridicus Ordo Acad. Lips. per sus Schmöllen 8. Novemb. 1637. per l. 86. de Leg. 3. ubi & quod casu abest, legatum censetur. Positum autem non potest aliter, quam casu abesse, v. gr. commodatum, depositum, &c. utique respectu legatarii. Et distinguendum inter nomina earum rerum, quæ in debitoris dominio sunt., de quibus l. Gajus Sejus. Et inter confessionem & chirographum super re creditoris propria, a debitore restituenda, quæ non videtur abesse domo. Et ita respondit Curia Trajectina ap. Radelantium, decis. 87. in casu non absimili. & immobiles. Propriæ testatoris, heredisve. §. 4. Inst. si libera, indifferenter. §. 11. sin obligata, idque testator sciverit, heres eas luere & præstare tenetur, nisi aliter visum fuerit testatori. §. 5. Inst. l. 57. ff. de leg. 1. Communes, ubi jus illud relictum erit, quod testator habuit, non tota res communis. l. 1. §. 1. de leg. 1. Et alienæ, etiam jure Can. arg. c. Si Episcopus. 12. q. 1. Non obstante c. filius. X. de testam. Si modo testator rem sciverit esse alienam. §. 4. l. 67. §. 8. ff. de leg. 2. Nam si ignoraverit, non valet, nisi personæ conjunctæ. l. 10. C. h. t. aut piæ causa relictum: Scientiæ autem probatio incumbit legatario. Ut heres eam redimat, si justo pretio possit. l. 14. ff. de legat. 3. Sin: præstet æstimationem. §. 4. Instit. d. t. Quid si legaverit rem suam, opinans esse alienam? Respondet Imperator §. 11. de Legat. valere legatum, quia plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione. Hanc vero rationem Bacchovius, commentario ad §. Non solum, Instit. de legat. quem solens suo more sequitur Vinnius, putat hoc loco alienam, & miratur a nemine ante se observatum. Rationem reddit; Quia in hoc casu veritas est, quod res propria sit testatoris, non aliena: Opinio vero est, esse alienam: Sed quamvis opinionem hanc sequare, ait, nihilominus valere legatum, quoniam etiam res aliena recte legetur. Itaque hanc rationem Imperatoris, quod sit plus in veritate, esse hoc loco fugitivam & capiti alteri dicti §. 11. subjiciendam. Ego vero inventum istud non invideo auctori suo. Nam vera est quidem, quod res aliena legari possit: Sed quam testator alienam esse scivit: Legatum ergo rei alienæ tum valet, si testator sciverit esse alienam. Ignorans enim non præsumitur alienam rem legaturus fuisse. At, qui opinatur alienam esse, non legat sciens esse alienam. Qui opi-

Res alienæ etiam jure Canon. recte legantur.

An valeat legatum, si testator legaverit rem suam, opinans esse alienam.

Defenditur ratio Justin. in §. 11. Instit. de Legatis, contra Bachov. & Vinn.

*opinatur, quod suum est, esse alienum, ille neque scit esse suum, quia opinatur esse alienam, neque scit esse alienum, qui opinatur, esse non suum. Ergo ex hac opinione legatum rei alienæ non potest valere, quod non valet, nisi a sciente alienum esse, relictum. Differentiæ ratio est, quod ignorans rem suam, non præsumitur legaturus non fuisse, si scisset: Imo præsumitur, ut maxime scisset, tamen legaturus fuisse. Vincit ergo hic veritas opinionem. Quia si scisset, nihilominus præsumitur legare voluisse: Imo magis verisimile est, si suam credidisset, legare maluisse, quam nunc, ubi credit alienam. Cum testator non præsumatur heredem plus justo gravaturus. * De feudo alieno idem adfirmamus legato, ut heres redimere cogatur, aut æstimationem præstare. Quia jure Feudali nihil invenitur correctum, ideoque jure communi standum. c. Obertus. 2. Feud. 1. Secus in feudo testatoris proprio quod legari nequit, ut nec æstimatio debeatur, secundum Feudistas communiter in §. donare. tit. Qualiter olim. 2. F. 9. & pr. de succ. feud. 1. F. 8. Idem in Gerada Saxonica esse videtur. Sed Facult. Jur. Lips. 3. Martii; 1619. æstimationem præstandam respondit. Idem de emphyteusi. l. 71. §. ult. ff. de leg. 1. l. 219. de V. S. Et rebus hostium. l. 19. l. 98. π. de leg. 1. l. 104. §. 2. de leg. 1. Non vero ipsius legatarii, ne quidem si vivo testatore alienata. §. 10. Inst. h. l. 41. §. 2. π. de leg. 1. l. 66. §. 6. de leg. 2. * Nisi sub conditione. l. 1. §. ult. de Re. Cat. Ita Glossa, Donell. 8. comm. 13. Pac. 6. quæst. 7. Arum. Exer. Just. 9. §. 5. Dissentit Cujac. not. ad §. 10. Inst. de legat. Quem sequuntur Merill. 5. obs 34. Bacchov. ad Tr. 2. 95. B. Wissenbach. Disp. Inst. th. 20.*

An feudum alienum legari possit?

Testator feudum proprium legare nequit.

AD THES. III.

NISI FOENORI] Non quasi hæ res minime legari possint; sed quod sub legato pecuniæ, aut rerum mobilium, istæ non comprehendatur.

ET CASUI ALTERI D. §. XI. ADJICIENDAM] Cujus etiam opinionis ego sum, ita ut altera ratio casui secundo *in d. §. 11.* adjecta; *Quia existimare voluntas defuncti haberi potest*, ad hunc casum priorem sit transferenda, & ita rationes decisionum permixtæ sint.

NON LEGAT SCIENS ESSE ALIENAM] Verum est: Philosophice scientia opinioni opponitur, sed vulgariter tamen etiam pro opinione usurpatur. Quando ergo in §. 4. *Inst. de legat.* dicitur; valere legatum rei alienæ, *si defunctus SCIEBAT rem alienam esse, non, si ignorabat*, scientiæ vocabulum minime sumitur ita stricte, ut opinioni contradistinguatur, sed tam late,

ut opinionem comprehendat. Nam si stricte acciperetur, in opposito quoque casu vocabulum scientiæ deberet stricte accipi. At in opposito casu non requiritur, ut legatum tum demum non valeat, si SCIAT esse suum, sed modo, ut IGNORET, esse rem alienam. Jam autem, & qui PUTAT esse suam, ignorat esse alienam. Breviter in *d. §.* scientia non opponitur scientiæ contrariæ, sed opinioni contrariæ, ergo etiam vocabulum scientiæ opinionem ibi includit.

NEQVE SCIT ESSE ALIENAM] Sufficit per dicta, quod putet esse alienam.

ÆSTIMATIONEM PRÆSTANDAM] Quod non puto, quia prohibita est alienatio Geradæ per ultimam voluntatem. Rerum autem legari prohibitarum nec æstimatio debetur *arg. §. 4. Inst. de legat.* Conf. etiam casum preced. apud Auct. de feudo, quod a vasallo non legari posse dixit. Forte igitur sententia Dnn. JCtorum Lipsiensium eum casum præsupposuit, ubi Gerada non propria, sed aliena legata fuit, v. g. si *Mævius Cajo* leget Geradam Sejæ.

BACHOVIUS AD TREUTLERUM] Item *ad §. 4. Inst. de legat. n. 5.* ubi non sine ratione putat Celsum in *d. l. 1. §. ult.* de regula Catoniana revera eam opinionem fovisse, quasi res legatarii propria peti posset, si eam vivo testatore alienaverit, quamvis ab initio nullum fuisset legatum.

IV. Res certo futuræ, *fructus fundi certorum annorum, partus ancillarum, fœtus pecorum §. 7. Inst. h. t. l. 24. pr. π. de leg. 1. & l. 17. de leg. 3.* * *Quale legatum pro puro habetur, quoad ad transmissionem, ut si vivo legatario nihil fuerit natum, ejus tamen heredes fructus quandocunque natos petere possint. l. cum illud. 25. §. 1. ff. quando dies leg. ced. jun. l. 6. §. 1. eod. & l. conditiones. 99. π. de C. & D. At quoad ad dispositionem, obligationem & actionem, est conditionale l. interdum. 73. π. de V. O. Quia si nihil natum sit, nihil quoque debetur. Et si minus natum, nec ultra quam natum sit, debetur. l. si quis. 8. §. 2. de leg. 2. l. 5. de T. V. V. O. L. Siquidem limitationis, seu taxationis causa fundus sit adjectus: Secus si designationis, seu demonstrationis causa, ubi heres ad præstationem totius quantitatis tenetur. l. 12. π. de tit. & al. leg. l. 27. π. de leg. 3. l. 26. π. Quando dies leg.* Rerum futurarum legatum est purum, quoad transmissionem: Conditionale, quoad dispositionem, obligationem & actionem.

V. Liberatio, *si debitum legetur debitori. §. 13. Instit. d. t. l. 1. π. de lib. leg.* * *Quo de olim inter prudentes non conveniebat, ut* Legari potest liberatio.

An debitor creditori debitum recte leget?

colligitur ex l. 3. de lib. leg. ibi: IAM certum est, arg. l. 13. §. 6. de adimm. inf. & l. 1. §. 3. Ut leg. nom. Secus est in credito creditori legato. Quare? Quia compensandi animo factum censetur, ait quidam observator nuperus. Ridicule. Quæ compensatio, ubi mutua non est obligatio? Nihil pro ea. l. 22. sol. matr. Nihil Gomez. Nihil Perez. Et confundit, insigni ἀβλεψία *debitum idem creditori legatum: Et præter debitum, legatum aliud, forte tantumdem. Non valet, inquam, si creditori leges idem illud, quod ei debes, nisi plus in legato, quam debito, puta, si, quod in diem, vel conditionem, pure legetur. §. 14. Instit. h. t. l. 29. π. de leg. 1.* Quod si vivo testatore, dies, vel conditio exstiterit, nihilominus utile est legatum, quod semel constitit: §. 14. Inst. de leg. l. 5. ad L. Falcid. l. 85. §. 1. π. de R. I.* Neque officit l. 82. pr. π. de leg. 2. in qua Paulus tractat exceptionem a regula Papiniani; In l. 5. ad L. Falcid. ait Papinianus: Si dies vel conditio legati debiti, vivo debitore testatore, venerit, non fit irritum legatum, quod semel competit: Paulus: Si vivo testatore debitore annus superveniat, inutile efficitur legatum post annum, sub pignore, quamquam constiterit ab initio. Papinianus loquitur de debito in diem, pure legato, sine pignore: Paulus de debito post annum sub pignore, quod legatur pure sine pignore. Quod valet intra annum, ob repræsentationem. Post annum inutile fit, quia plus est, deberi sub pignore. Quid vero si creditor pignus debitori legaverit, an debitum remisisse censebitur? Adfirmat Fr. de Amaya. 2. obs. 14. Dissentit A. Fab. 17. conj. 10. Schiferd. 2. tract. 17. Quid si debitor non ipsum debitum creditori, sed aliud quid leget, an compensandi animo legasse censendus est? Distinguit H. P. flor. obs. 105. inter debitum, quod ex legis dispositione venit, ut dos &c. & inter voluntarium, quod ex contractu proficiscitur, ut hoc solum casu compensatio locum non habeat. Iunge Ferdin. Arium de Mesa var. resol. lib. 2. c. 9.*

Si, quod debitor creditori in diem vel conditionem debebat, pure leget, Legatum valet.

Conciliatur l. 5. ad L. Falcid. cum l. 82. pr. de Legat. 2.

AD THES. V.

ET PRÆTER DEBITUM LEGATUM ALIUD] Quem casum tractat Auctor in fine theseos.

DISSENTIT ANT. FABER ETC.] Quorum sententia probatur *l. 1. §. 1. de liberat. legat.* quia sic non debitum ipsum, sed jus pignoris censetur remissum; nisi contraria voluntas testatoris appareat *d. l. 1. & l. 3. ff. de pact.*

Brun-

Brunnem. centr. 13. ad Inst. de legat. §. 13. p. m. 119. Alind, si chirographum leget *l. 3. pr. & §. 1. de liberat. legat.*

VI. Dos uxori a marito. §. 15. *Inst. l. 1. π. de D. P. Quam si maritus non acceptam legaverit, inutile est legatum. Sin certum corpus demonstraverit, aut quantitatem, etsi nihil acceperit, validum est d. §. 15. & l. 6. de dot. prael.* Genus. §. 22. *Inst. h. tit. l. 13. π. de leg. 3. ut ex eo legatarius speciem eligat, l. 7. π. de leg. 1. Modo hae species habeat a natura determinatam, completamque quantitatem, ut equus, homo, bos: Secus si ab arbitrio hominis ejus definitio pendeat, ut domus, fundus, quorum legatum generis non valet. l. 24. §. pen. de legat. 1. Quia his ex nostra destinatione addi & demi potest, ut nihilominus maneat domus Ciceronis, fundus Titianus, quantumvis parte detracta. l. 24. §. pen. π. de leg. 1. * Nisi testator tales res plures habuit, ubi similiter eliget legatarius. l. 71. de legat. 1. Sed mediocre quid, non optimum. In legato autem quantitatis, v. g. si testator habeat varia tritici genera, electio est heredis. l. 4. π. de trit. vin. Olim differentia erat inter legatum per vindicationem, & damnationem. Illius electio erat penes legatarium. l. plane. 34. §. pen. ff. de Leg. 1. l. Lucio. 23. ff. de Leg. 2. In hoc fuit heredis. Ulp. lib. frag. reg. tit. 24. l. cum res. 47. §. 3. de leg. 1. l. si is cui. 19. l. si ita. 43. §. ultim. de legat. 2. Vide Merill. ad L. Decis. p. m. 470. * Alia ratio est legata optionis, in quo propter legatam electionem, etiam optima res eligi possit. arg. l. 9. §. 1. ff. de dolo. Quod legatum olim tacitam habebat conditionem, & ideo, nisi ipse legatarius optasset, ad heredem legatum non transmittebat. §. 23. Instit. h. Vide Merill. 2. O. 8. Hodie purum est, adeoque ad heredes transmissibile. §. 23. Instit.* Et eadem res saepius uni, *qua si corpus, semel tantum debetur. l. plane. 34. §. 4. de leg. 1. l. 66. §. 5. de leg. 2. * Nisi vel expresse contrarium senserit testator, ut in d. l. quid ergo. 31. §. 2. de leg. 1. l. si alii. 42. in fin. π. de usufr. vel a testatoribus diversis bis sit relictum, ubi ex altero aestimatio, ex altero res ipsa peti potest. l. 34. §. sed si. 2. de leg. 1. Sin quantitas, voluntatis est quaestio. d. l. 34. §. 3. Probare itaque legatarius debet d. l. 34. §. 3. imo heres. l. 12. de probat. Respondeo, est casus exceptus, & praesumtio ibi pro legatario, qua onus probandi in heredem transfert. Vide*

Legatum generis quo sensu valeat.

In legato optionis legatarius optimam rem eligere potest.

Si eadem quantitas saepius uni legatur quaeritur, an saepius etiam debeatur? Explic. L. 12. de probat.

de Former. 2. strict. 91. Ferren. ad l. 12. de Probat. in aubio tamen multiplicatio non præsumitur. d. l. 34.

AD THES. VI.

UBI EX ALTERO ÆSTIMATIO] Interest tamen, an prius rem consecutus fuerim, an prius æstimationem §. 6. *Inst. de legat.*

IMO HERES] Sed plane nulla subest pugna; Nam *l. 34. §. 3.* loquitur de quantitate sæpius legata IN EODEM TESTAMENTO, contra *l. 12. de probat.* de quingentis bis legatis, semel in testamento, tum in codicillis POSTEA scriptis.

Servo ex persona sua quodammodo recte legatur.

VII. Legari illis potest, cum quibus est testamenti factio passiva. *§. 24. Instit. h. t. Excepto, si alimenta relinquantur. l. 11. π. de A. & C. L. l. 3. π. de his, quæ pro non script. h.* etiam personis incertis. *§. 27. Instit.* * *Civitatibus & Collegiis. §. 26. Et posthumo alieno. §. 28. Nec non servo, qui legati capax non solum ex persona domini, sed quodammodo & ex sua. l. debitor. 82. §. ult. de leg. 2. Vid. l. 12. §. 2. l. 68. de leg. 1. l. 91. § 1. & seq. eod. V. G. si domini jam res ipsius est, utiliter servo legatur, quia fieri potest, ut utiliter dies cedat, si scilicet servus mortis tempore non amplius sit in pristini domini potestate: Sed ante manumissus vel alienatus. Itaque quando non potest legari domino, mixta consideratione ejus & rei legatæ, tunc regula. l. 12. non procedit: Sin propter solam personam, tum locum habet.* Modo rei legatæ habeant commercium, *cæteroqui nec æstimatio debetur. l. 49. §. 2. π. de leg. 2. l. 34. π. de V. O. Quod si commercium habeat legatarius: sed non jus possidendi, æstimatio præstanda. l. 40. & l. 114. §. 5. π. de leg. 1.*

AD THES. VII.

QUODSI COMMERCIUM HABEAT LEGATARIUS, SED NON JUS POSSIDENDI] Sic tene, vel res plane extra commercium est posita, vel saltem respectu certi hominis non est in commercio, v. g. Christianum mancipium respectu Judæi. Priori casu nec æstimatio debetur §. 4. *Inst. de legat.* Posteriori vel heres ejus rei non habet commercium, habet tamen legatarius, & tunc subsistit legatum *L. 49. §. 3. de legat. 2. arg. l. 34. de V. O.* vel legatarius non habet rei legatæ commercium, habet tamen heres, & tunc legatum non valet, ita ut iterum nec æstimatio debeatur *d. l. 49. §. 2. & d. l. 34.* Nec obst. *l. 40. ff. de legat. 1.* Recte enim respondet Auctor, eam loqui de eo casu, quo scil. legatarius non habet jus possidendi, habet tamen ejus commercium. Scilicet species in ea continetur ista: Titius fidei

dai sui legatarii commiserat, ut Mævio rem quandam, v. g. militiam donaret, cujus rei legatarius quidem habebat commercium, & Mævius quoque ipse, sed Mævius tamen rem istam ob vitium corporis, aut similem quandam rationem possidere non poterat v. g. quod cæcus, surdus aut mutus esset. Respondet JCtus æstimationem esse præstandam. Idem dicitur in *l. 114. §. 5. de legat. 1. Vid. Ludw. disput. 9. th. 3. lit. a. VVissenb. P. II. disp. 2. th. 9.* ut adeo non opus habeamus cum Cujacio, & aliis, *d. l. 40.* vim inferre, & posteriorem negationem tollere. *Conf. Eckolt. de legat. th. 7.*

VIII. Pluribus etiam *nempe ut pluribus, non pluribus, tanquam uni. l. 2. l. 19. de Reb. dub. l. 1. de success. edict. Unde si quid servo communi legetur, domini non conjuncti sunt, ut pars repudiata alteri dominorum accrescat. l. & Procula. 20. ff. de legat. 2. Sed obloquitur l. 1. § 1 ff. de usufr. accresc. Vide ibi Gloss. Accursianam.* una res, *non tamen quantitas. Nam si Titio & Sempronio decem lego, enumeratione personarum, summa divisa videtur. l. cui fundus. 56. ff de Cond. & demonst. l. hujusmodi. 84. & pen. ff. de legat. 1. Duar. de jure accresc. lib. 1. c. 7.* legari conjunctim, *ita ut totum singulis detur*, potest, quod fit tripliciter; Re & verbis simul, re tantum, & verbis tantum. *l. triplici. 142. ff. de V. S. l. 89. de leg. 3.* Re & verbis simul fit conjunctio, quando eadem res duobus legatur una & copulativa oratione *absque partium expressione, ut Titio & Mævio Stichum do, lego, §. 8. Instit. h. tit. l. 142 de V. S.* Re tantum, quando eadem res duobus legatur separatim, *diversis orationibus. l. 87. de leg. 3. Titio Stichum do, lego, Sejo eundem Stichum lego. Qui comparative ad reliquos etiam conjunctos ipsa oratione, vocantur disjuncti. § 8. Instit. h. t. l. 1. §. 3. ff. de usufruct. accresc.* Verbis tantum conjuncti sunt, quibus eadem oratione eadem res, sed æquis partibus data est, *ut Titio & Sejo fundum æquis partibus do, lego. d. l. 89.*

Si quid servo communi legetur, domini non sunt conjuncti, neque inter eos jus accrescendi obtinet.

Pluribus conjunctim legare potest vel re & verbis simul.

Vel re tantum.

Vel verbis tantum.

AD THES. IIX.

VIDE IBI GLOSSAM] Quæ triplicem affert responsionem [1.] sententiam Proculi in *d. l. 20.* recenseri tantum, non approbari. [2.] unum textum de jure stricto intelligendum, alterum de æquitate [3.] distinguendum esse inter legatum proprietatis & ususfructus. Mihi neutra placet responsio, adeoque & contra Auctorem puto, si quid [scil. corpus

quod-

quoddam] servo communi legetur, dominos conjunctos esse, ut una parte ab uno domino [ante legati acceptionem] repudiata alteri accrescat arg. §. 3. Inst. per quas pers. cuique acq. Verb. & tantummodo scil. juncti §. 3. Inst. de stipul. serv. & §. 3. Inst. per quas pers. nobis oblig. acqu. Nec obst. d. l. 20. ff. de legat. 2. utpote quae loquitur de legato quantitatis. Conf. quae statim apud Authorem sequuntur. In d. l. 1. autem §. 1. de usufr. accrescend. continetur hoc speciale; quod etiam post acquisitionem repudiata pars ususfructus alteri accrescat. Conf. Huber. ad Inst. de Legat. th. 8. p. 193. Auct. in fin. th. seq.

Re conjunctis si quidam deficiant obtinet jus accrescendi. Quando dicantur conjuncti deficere? Jus accrescendi quid?

IX. Facta itaque conjunctione, si conjuncti concurrunt, scinditur inter eos legatum: Si vero quidam deficiant, vel quod nolint partem sibi legatam, vel non possint adquirere §. 8. Inst. d. t. l. un. §. 10. C. de cad. toll. jus accrescendi, quod est jus, quo pars hereditatis vel legati deficiens, parti aditae vel admissae accedit, locum habet, ita ut portiones deficientium ad reliquos conjunctos pertineant. Idque in re tantum conjunctis, & mixtim re & verbis, expeditum. §. 8. Instit. de leg. l. un. §. 10. & 11. C. de cad. toll. l. 7. de usufruct. accresc. * Quamvis alii hoc jus non decrescendi potius quam accrescendi salutare velint: Sed lis haec de verbis esse videtur. Adi Suev. lib. 1. c. ult. Riemer. c. 13. num. 3. de jur. accresc. (Et coheredibus quidem invitis, propter rationem. l. 7. de R. I. Exceptis quibusdam casibus. l. si solus 80. §. ult. l. pen. ff. de adquir. her. Duar. 2. de jure accresc. 1. Collegatariis autem Re conjunctis invitis quidem; Sed sine onere: Reliquis, volentibus, sed cum onere. d. l. un. §. 11. C. de cad. toll.) In his, qui verbis conjuncti, dubitatur merito: Etsi communiter adfirmatur. l. 16. §. fin. de leg. 1. l. 89. π. de leg. 3. l. 6. & 7. π. de reb. dub. Merill. 1. var. Cujac. 30. Berlich. decis. pract. par. 2. decis. 285. num. 6. & seqq. Quod nunc non vacat, accuratius excutere. Sive ususfr. sive proprietas conjunctim legata sit. l. 66. de her. inst. l. 89. de leg. 3. l. 16. §. 1. de leg. 1. Ususfructu autem legato, etiam post agnitam suam cujusque partem, locus est juri accrescendi. l. 1. §. 3. de usufr. accr. In proprietate non item. Duar. 1. jur. accr. 21.

Jus accrescendi inter conjunctos verbis tantum etiam locum habet.

AD THES. IX.

DUBITATUR MERITO] Sed absque causa sufficiente, & respondetur rationibus dubitandi ex l. 1. in pr. ff. de usufr. accresc. l. 66. ff. de hered. instit. l. 110. ff.

tro. ff. de V. O. Vinn. ad §. 5. Inst. de leget. Wissenb. P. 2. disp. II. th. 18. Adde Carpz. P. III. c. 2. d. 14. & Huber. d. l. p. 497.

X. Quod si conjuncti omnes ejusdem sunt generis, omnibus pariter accrescit. §. 10. *h. t.* Sin diversi, uno ex re conjunctis deficiente, pars ejus omnibus reliquis accrescit. *Ita tamen ut conjuncti re & verbis, vel verbis tantum, semper sint unius personæ vice. l. 34. pr. de leg. 1.* Deficiente autem uno ex cæteris, soli conjuncto, eodem genere conjunctionis.

Legatorum dies statim a morte testatoris cedit.

XI. Relinqui possunt legata vel pure, *quorum dies statim a morte testatoris cedit, etiam ante apertas tabb. l. 1. §. 1. C. de cad. toll. abrogata L. Papia, de qua Ulp. 24. Vide l. 1. §. 1. C. de cad. toll. Excipiuntur legata, quæ ad heredem non transeunt, sed in solius legatarii persona consistunt, ut usufr. usus, vel habitatio. l. 2. 3. 5. §. 1. l. 9. 16. §. 1. π. Quand. di. leg. libertas. l. 1. §. 6. C. de cad. toll. optio vel electio legata. l. 16. de opt. leg l. 10. de leg. 1. l. 14. pr. quand. di. leg. Item si servo, qui testamento manumissus est, sit legatum. l. 1. §. 6. C. de cad. toll. si servo legato legatum sit. l. 16. §. 1. l. 17. ff. Quand. dies leg. si quis conditionis implendæ causa heredi dare jussus sit. l. 46. de Cond. & dem. Quorum dies ab adita hereditate cedit.* Vel in diem, *qui vel certus, vel incertus. Legata in diem certum statim debentur. l. 5. pr. & §. 1. l. 21. pr. l. 22. §. 1. π. Quand. di. leg. l. 1. §. 1. π. de cond. & demonst. In incertum non aliter, ac si dies extiterit. d. l. 21. Quia pro conditione est. l. §. 2. l. 75. π. de cond. & demonstr. Nisi dies non ipso legato: sed ejus petitioni sit adjectus, quod legatum purum facit. l. pen. C. quand. di leg. vel fideic.* Vel sub conditione. *l. 4. l. 2. π. d. t. Quæ si impossibilis, sive adfirmative sive negative concipiatur, Testamento adjecta, puram facit dispositionem. l. servum. 50. de her. inst. In obligationibus vero affirmativæ vitiant contractum, negativæ tanquam non adjectæ judicantur. l. impossibile. 7 & seq. ff. de V. O. §. si impossibilis. Inst. de inut. stip. Ratio est, quia stipulatio sub ista conditione concepta: Si digito cœlum non attigerit, est purissima; Est enim absolute & præcise necessarium, non attingere. Quoties enim quid est impossibile in sensu adfirmativo, toties necessarium est in negativo, Veluti impossibile est ut homo simul sedeat & stet. l. hac ver-*

Legata in diem certum statim debentur.

Conditio impossibilis legatis adjecta puram facit dispositionem.

Digitized by Google

ha. 124. de V. S. In sensu autem negativo necessario verum est, quod homo dum stet, non sedeat. Unde impossibilis conditio negativa, licet in futurum concepta, cum oppositum sit impossibile, præsens adeoque pura est in sua causa naturali, & ideo censetur impleta Thom. 4. dist. 29. art. 3. q. 3. Dicuntur autem ejusmodi formulæ conditiones, attenta magis conceptione, & figura orationis, quam effectu. Amaya 2. O. XI. Quid si legatum relictum sub conditione religionis Pontificiæ amplexandæ? An habebitur pro non adjecta, impossibili, turpi? Vide Dn. Carpzov. decis. 89. Sin possibilis; ante conditionis eventum non debetur, nec mortuo legatario ad heredes transmittitur. l. 4. & 5. π. quand. di. l. g. l. 18. π. de R. J. l. un. C. de cad. toll. Quod si conditio in non faciendo, legatarius ante conditionis eventum admittitur ad legatum, sub cautione Muciana. l. 7. π. de cond. & dem. Cedit autem dies semel tantum, in legato uno. l. 1. pr. Quand. di. ususf. leg. In pluribus, sæpius. Plura sunt, fundus v. g. cum instrumento, aut instructus. l. 1. pr. de Inst. vel inst. Ancilla cum natis, servus cum vicariis. l. 3. 4. de pec. leg. l. 62. 63. de leg. 1. Item annua, menstrua legata, ubi primi anni vel mensis legatum purum, & a morte testatoris cedit sequentium terminorum conditionalia, si legatarius eo usque vixerit. l. 12. §. 6. Quand. di. leg. l. 10. 11. 12. pr. §. 1. 2. 3. Quand. di. Et cedunt vel initio anni ut l. 11. 12. §. 1. 4. l. 26. §. 2. π. Quand. di. leg. l. 11. de usu & usufr. Vel in fine. l. 12. §. 4. 5. l. 26. pr. & §. 1. & 2. d. t. l. 46. ad SCtū Treb. l. 5. C. quand. di. l. g.

Conditiones impossibiles quo sensu conditiones dicantur? Si legato possibilis conditio adjecta ante conditionis eventum non debetur.

Legata annua quando cedunt?

AD THES. XI.

PRO CONDITIONE EST] Imo est ipsa conditio *d. l. 75. ff. de condit. & demonstr.* Ideoque casum hunc Auctor legato conditionali separare non debebat.

SI IMPOSSIBILIS] Sub impossibili etiam includitur turpis *l. 15. de cond. inst. l. 26. & seq. de V. O.*

NEGATIVÆ, TANQUAM NON ADJECTÆ] Hoc loco tamen distinguo, an conditio ista neget rem impossibilem physice an moraliter; Si enim neget rem moraliter impossibilem, & istam contractum vitiare puto *arg. l. 7. §. 3. de pact. l. 3. §. 1. ff. de calumn. l. 1. pr. & §. 1. de condict. ob turpem & injustam causam.*

AN HABEBITUR PRO NON ADJECTA] Utique quia & ista turpis est, non ideo, quod religio Pontificia sit heterodoxa, hæc enim ratio, post In-

stru-

argumentum Pacis, non procedit amplius, sed quod turpe sit, lucri temporalis gratia, mutare religionem. Ergo & eadem decisio locum habebit, si legatum relictum sit sub conditione amplexandæ religionis Lutheranæ. Ita tamen relictum legatum, si Cajus tempore mortis meæ Lutheranus, aut Pontificius, erit, puto valere, quia in præsens tempus concepta est conditio (legata enim, nisi post mortem, non debentur) & consequenter videtur legatum hujusmodi æquipollere promissioni isti inter vivos, dabo tibi centum, si Lutheranus, vel Pontificius, es, aut, si meretrix es. *Vid.* §. 6. *Inst. de V. O.*

XII. Vel adjecta demonstratione, *quæ est ratio rei designandæ causa ultra nomen adjecta, l. 17. de condit. & dem. ut Jena ad Salam.* Aut causa, *id est, ratione ex prætérito sumta. l. 72. §. 6. d. t. Utraque, etsi falsa, legato non nocet. §. 30. & 31. Inst. h. t. l. 33. pr. l. 72. §. 6. ss. de cond. & demonst. Modo de re constet d. l. 17. de cond. & dem. Nisi, quantum ad demonstrationem, rem certam indicet, quæ in rerum natura non est, l. 40. §. pen. de cond. & dem. Puta, si vel res circumscribatur loco, in quo non est, l. 180. §. 10. de leg. 1. l. 1. §. 7. de dote præleg: Vel verbis quidem res certa exprimatur: Sed, vi ipsa legetur, quod non exstet, ut in specie L. 75. §. 2. de leg. 1. l. 25. de lib. leg. Vel si appareat testatorem, si falsam esse causam scisset, non legaturum.* Aut sub modo, *cum causa legandi in futurum confertur. l. 17. §. ult. d. t. ut Titio lego 100. ut monumentum ædificet, estq; moderatio legati pure relicti, & causa legati finalis; uti quæ causa, in jure propria, Philosophis causa impulsiva.* In alterius arbitrium etiam conferri possunt legata. *l. 43. §. 2. de leg. 1. Non autem in voluntatem l. 52. de cond. & dem.*

Demonstratio. Causa. Nec falsa demonstratio nec falsa causa legato nocet.

Modus.

AD THES. XII.

NON AUTEM IN VOLUNTATEM] Sed uterque textus voluntatis mentionem facit. Mihi videtur latere pugna diversarum sectarum. Nam quod Auctoris mentem attinet, ea forte hæc est, ut, si legatum fuerit hoc modo: Si Mævius volet, Cajo do, lego decem, legatum non valeat, *d. l. 52. de cond. & demonstr.* Si vero ita: Heres meus damnas esto Cajo dare equum, quem elegerit Mævius legatum valeat. *d. l. 43. §. 2.* Sed non adhibet Ulpianus in *d. l. 43.* vocem arbitrii. Accedit, quod & in hoc casu obtineat ratio *d. l. 52.* quod scil. ultima voluntas non debeat ex arbitrio alieno dependere *l. 32. l. 70. de hered. instit.* Aliud est in contractibus inter vivos *§. 1. Inst. de emt. vend.*

Legata heres præstare cogitur pro parte hereditaria.

XIII. Legata relicta ut plurimum præstare heres cogitur. *l. 71. §. 3. & seq. de leg. 1. pro parte hereditaria l. 33. de leg. 3. l. 44. de leg. 2. Nisi testator singulos heredes oneraverit nomine expresso, quo casu viriles portiones præstant, licet inæqualiter instituti. l. 124. de leg. 1. juncta l. turpia. 54. §. ult. eod. Qualiacunque sunt. l. 69. §. 3. l. 84. §. 4. l. 45. §. 1. & 2. l. 56. de leg. 1. Eoque loco, quo relicta l. 47. pr. eod. Quod si culpa ejus res perierit, æstimationem debet præstare: Sin citra ejus culpam, cautionem de persequendo. Vide §. 16. Inst. l. 47. §. 2. & §. pen. l. 39. pr. l. 36. §. ult. l. 26. §. 1. l. 108. §. 11. & 12. de leg. 1. Itemque pecuniæ legatæ usuras, & fructus speciei ex mora. l. 3. pr. ff. de usur. l. in minorum 3. C. in quib. cauf. in integ. restit. l. 87. §. 1. l. 78. §. 2. de leg. 2. l. 2. de usf. leg.*

Statim a morte testatoris legatarius rei legatæ dominus fit.

XIV. Transit autem rei legatæ dominium statim a morte testatoris recta via, *sine facto heredis*, in legatarium, etiam ignorantem. *l. a Titio. 64. de furt. l. 19. §. 1. Quemad. ser. amitt. l. 77. §. 3. l. 80. de leg. 2. l. 40. de nox. act. adeo, ut & commodum & incommodum, quod sine facto heredis accidit, ad eum pertineat. §. 18. Inst. h. t. l. 39. ff. de leg. 2. l. 44. §. 4. ff. de leg. Ut fructus fundi legati morte testatoris pendentes. l. a Titio. 64. in f. ff. de furt. Idem Jure Sax. per Nov. Aug. p. 3. const. 13. * Quid si prædium legatum fuerit hac conditione* daß er 400. fl. darauff angeben soll *ut legatarius præsenti numeratione de pretio solvat quadringenta, an proprietas legata censebitur? An damnatus duntaxat heres, ut vendat? Vide Jac. Schultz. qq. pr. 23.* Possessionem autem legatarius competentibus remediis ab herede petit. *l. 1. & 2. C. com. de leg. ubi tamen ita distinguendum; Ut si possessio rei legatæ vacua sit legatarius impune eam occupet, neque jus legati amittat; interdicto tamen, QUOD LEGATORUM, restituere heredi possessionem tenetur, sicubi heredis ex causa Falcidiæ retinendæ intersit. Non amittit jus legati, quia neque decretum Marci in l. 13. Quod met. cauf. & l. pen. ad L. Jul. de vi priv. Cum desit possessor: Neque Valentiniani in l. 7. C. unde vi locum habeat, quia occupatio prorsus sine vi fit: Sin possessio non sit vacua, tenebitur legatarius interdictis retinendæ, sed &, quod legatorum heredi tenebitur, quod est adipiscendæ, si quidem ab extra-*

Rei legatæ possessionem legatarius ab herede competentibus remediis petit.

An legatarius rem legatam propria autoritate occupare possit?

neo

mur persolvet: sed & privatur legato, si vi occupavit, ex edicto Marci.

XV. Competunt autem tres actiones (*ab adita nempe hereditate, l. 24. C. de fideic. & arg. l. 181. de R. I. Nisi moretur heres, ubi ei aut dies a Pratore statuendus. l. 23. §. 1. π. de her. inst. aut adhuc tergiversante illo legatarius in bonorum hereditariorum possessionem mittendus. l. 1. π. Quib. ex caus. in poss. eat.*) legatario, Rei vindicatio, actio personalis ex testamento, & actio hypothecaria. *§. 2. h. t. l. 1. §. 2. C. comm. de leg.* pro omnibus legatis. *d. l. 1. Sed rei vindicatio tamen si legata res certa, corpus; non genus, aut quantitas. Actio ex testamento locum habet, adita hereditate, contraque heredem solum, non vero contra tertium possessorem. Hypothecaria autem non persequitur rem legatam: Sed catera testatoris bona. d. L. 1. in fin. C. com. de leg. l. 10. π. ut in poss. legat. * Non solum autem res ipsa, sed & fructus & usuræ mora his actionibus petuntur. l. 23. π. de leg. 1. l. 57. §. 1. ff. de leg. 2. l. 26. ff. de leg. 3. l. 3. pr. l. 19. ff. de usur. Et fructus quidem percepti debentur a die adita hereditatis. l. Herennius. de usur. l. si tibi homo. §. si servus. de legat. 1. Percipiendi a tempore mora. Hr. Pistor. obs. 116.*

Legatario competunt tres actiones, post aditam hereditatem. Rei vindicatio.

Actio ex testamento. Hypothecaria.

Legata rei fructus percepti debentur a die adita hereditatis. Percipiendi non item.

AD THES. XV.

PRO OMNIBUS LEGATIS] i. e. pro legatis omnis generis, sive per vindicationem, sive per damnationem, sive sinendi modo, sive per præceptionem, &c. sint relicta. *d. §. 2. Inst. de legat.*

SI LEGATA RES CERTA] Item testatoris propria, non aliena *arg. l. 54. de R. J.*

XVI. Relicta ita legata aut infirmantur in totum, aut imminuuntur. Infirmantur ademtione, *vel expressa. pr. Inst. de adem. l. 2. π. h. t. Eodem testamento, vel codicillis testamento confirmatis. l. 3. ff. d. t. l. 17. C. de leg. Extra testamentum saltem coram duobus testibus. Schneidew. Inst. de ademt. leg. n. 15. Köppen. obs. 156. n. 5. Dn. Kyben, JCtus excellens Giessensis Acad. in observ. ad Instit. Disput. XI. obs. 9. Dn. Carpz. Jurispr. for. p. 3. const. 13. defin. 15. n. 1. Matth. Coler. decis. 249. Quidquid disputent observatores alii. Vel tacita, ex alienatione voluntaria. l. 18. π. d. t. aut inimicitiis presumta. d. l. 3. §. fin. π. h. t. Quid de exactione nominis legati, a testatore facta?* Re-

Infirmantur legata ademtione eorum expressa.

Tacita.

Regulariter ademtum censent legatum. Et ita respondisse Scabinos, ait Dn. Carpz. decis. 68. Ac Academia Lips. JCti in simili specie contrarium pronunciaverunt. 1. Maji 1633. Sed hac ratione, quia de extlis his nominibus testator conservaverat sua bona, alias distrahenda. Unde adimendi animo exactum non videbatur, quod in corpus patrimonium versum esset, per l. pater. 23. ff. de adim. & transf. leg. vel translatione, *cum legatum ab uno ad alium transfertur. §. 1. Inst. d. t. l. 5. π. eod. l. 89. π. de cond. & dem.*

AD THES. XVI.

SALTEM CORAM DUOBUS TESTIBUS] Dissentit Eckolt. *de adimend. & transf. legat. §. 3. Hahn. ad Vesenb. eod. tit. n. 3. Carpz. P. III. c. 4. d. 13. &c.* Sed Auctoris sententia videtur verior *arg. l. 3. §. fin. de adim. & transf. legat. jun. l. 21. ff. eod.* Ex quibus appatet, differentiam hoc passu inter heredes & legatarios esse. Nam si saltem ex voluntate præsumta, scil. ex inimicitiis capitalibus legata pro ademtis habentur, multo magis ex voluntate per duos testes declarata.

Lex Falcidia quid?

XVII. Minuuntur ex L. Falcidia, *lata a P. Falcidio, Trib. Pl. temporibus Augusti, Cn. Domitio, M. F. Calvino & C. Asinio Pollione COSS. Dio, 48. Suidas. Euseb. chron. Isid. 5. Etym. 15. Confer. A. Gentil. 1. lect. subs. 3. Hac jure Sax. locum quoque habet. A. Rauchb. 1. q. 28. n. 49. Dan. Moll. ad const. 2. p. 9. n. 13.* qua heredibus, *pr. & l. 1. π. h. t. & his quidem solis, eorumque successoribus. (Non legatariis, aut fideicom. l. 1. §. 18. l. 28. §. fin. π. ad SCt. Treb.* * *Ne quidem in casu. l. 32. §. 4. π. ad L. Falcid. Vide Duaren. tit. ad. L. Falc. c. 2. p. 513.)* hereditate, legatis, vel fideicommiss. particularibus, *arg. l. 1. ff. ad SCt. Treb.* ultra dodrantem exhausta; quartam. *Et quidem, si plures heredum, singulis non totius hereditatis, sed sua cuique partis, qua est instituturus. §. 1. Inst. h. t. l. 77. ff. h. t.* detrahere, *pr. Inst. & l. 1. ff. h. t. Tam retentionis, quam vindicationis jure. Iure tam veteri, l. 73. §. ult. π. eod. l. 26. eod. quam novo. l. pen. C. h. t.* licet. * *Invitis autem legatariis in una re detrahere non licet. Nov. 1. c. 3.* * *Quod si portio unius deficientis onerata accesserit alteri non onerata, præstantur de onerata legata ad modum Falcidia, licet suam portionem heres habeat integram: Sin portioni onerata accedat libera, legata*

Heres quartam Falcid. non solum retinere, sed & vindicare potest.

gata ab onere aeque integre debent praestari, l. 78. l. 1. §. 13. & 14. ff. ad L. Falcid.

XVIII. Imputantur autem Falcidiae, quae jure hereditario capiuntur, *non quae legati, vel fideicommissi titulo, vel conditionis implendae gratia. l. 74. l. 83. l. 91. ff. ad L. Falcid.* Deducto *ante omnia* aere alieno, funeris impensis, & pretiis servorum manumissorum. *§. fin. Inst. h. t. l. pen. π. de Rel. & sumt. l. 87. §. 2. l. 6. C. ad L. Falcid.* Quantum quartae Falcidiae imputetur.

XIX. Cessat Falcidia, I. si heres inventarium facere neglexerit, *l. fin. §. 12. C. de Jur. delib.* II. Si testator expresse prohibuerit. *Auth. Sed cum testator. C. h. t. & Nov. 1. c. 2. Secus si tacite. Hackelm. Disp. 17. thes. 19. Et ita responderunt JCti Lipsiensis Academiae apud Berlich. p. 2. dec. 272. mutata sententia, secundum quam, decennio ante, Melchiori Hofmanno, Iura-Silesio respondisse ait Finckelth. obs. 120. Eandem Dnn. ibidem Scabinorum esse opinionem auctor est Dn. Carpz. 3. 1. 13. & 6. Resp. 30. Sic & curia Frisica. Sand. 4. 7. 8.* III. Si heres in legatis ad piam causam moram commiserit. *Nov. 131. c. 12. Vide Schneidevv. ad d. pr. de L. Falc. Non igitur simpliciter cessat Falc. in hoc Legato. Vid. Sand. decis. Frisic. lib. 4. t. 7. decis. 10. Sed contrarium in foro Sax. receptum videtur. Vid. Dn. Carpz. 3. 1. 16.* Item IV. cessat in testamento militis. *l. 7. C. h. t. l. 12. C. de Mil. test.* V. In dote mulieri relegata, *l. 81. §. 1. ff. h. t.* VI. In datis libertatibus. *l. 33. ff. h. t. l. 8. §. 9. π. de inoff. test.* Quando Falcidia cesset.

AD THES. XIX.

ET ITA RESPONDERUNT] Quam opinionem approbavit Serenissimus *decis. noviss. 43.*

CONTRARIUM IN FORO SAXON. RECEPTUM] Imo non est contrarium receptum, sed in ipsa *Novella 131. c. 12.* fundatur decisio Carpzovii, non obstante Auctoris distinctione. Nam utique initium *d. c. 12.* non agit de mora simplici & absoluta, sed de mora propter praetensam Falcidiae detractionem, quam piae causae nolebant admittere, neque legatum, deducta Falcidia, assumere. Nam de mora simplici agitur *in versiculo seq. Si autem legatum &c.* Et: *si autem distulerit. Conf. Ritterh. in Nov. P. VI. c. 5. n. 33.*

Fideicommissum quid? Origo fideicommissorum: est ex fraude legis.

XX. Fideicommissum eo, quod per interpositam personam, verbis precariis, *rogo, peto, volo, mando, fideicommitto*. §. *fin. Inst. de reb. sing. per fideicomm. relic. l. 118. de leg. 1.* relinquitur. Origo *ex fraude legis. Si incapaci quis relictum vellet, ut peregrino, ex Lege Voconia Mulieri, ex L. Iulia de mar. ord. caelibi & orbo, heredis capacis fidei committebat, ut incapaci restitueret. Exempla ap. Cic. in Verr. & 2. de Fin. Haec sunt tacita fideicommissa, de quibus l. 103. de leg. 1. l. 3. de probat. l. 10. de his quib. ut ind. Et Pauper. ap. Quintil. declam. 324. Adde Glossas Basilicas in τάκιτον, seu τάκιτον. Quod postea, fideicommissis vi juris tributa, prohibitum. l. 1. C. de delat.*

Tacita fideicommissa quae? An secund. Jur. Iust. quis per fideicommissum incapaci aliquid relinquere possit?

Estq; vel universale, *cum tota hereditas, vel pars ejus relinquitur. §. 1. Inst. de fideic. * Quod vere & proprie hereditas fideicommissaria vocatur. Hillig. ad Don. c. 15. lit. a. Idq; vel in testamento, ubi debet heres institui, atque deinde rogari, ut hereditatem restituat. §. 11. Inst. h. t. sive pure, sive ex die, aut sub conditione. d. §. 2. in fin. Vel ab intestato, ubi heredes ab intestat. rogantur, ut hereditatem restituant. d. §. 10. Inst. h. t.* Vel particulare, *quod hodie legatis per omnia exaequatum est.*

Fideicommissum universale.

Particulare hodie legatis exaequatum.

XXI. De universalibus, *non secus atque legatis Falcidiam, deducere heres potest quartam Trebellianicam; actionibus & oneribus pro rata inter se & fideicommissarium divisis. d. §. 7. Ejus deductio fit ex tota hereditate, imputatis non tantum quae jure hereditario: sed etiam quae jure legati, fideicommissi, aut conditionis implendae causa capiuntur. l. 91. ff. ad L. Falcid. Et fructibus intermedio tempore perceptis. l. 18. §. 1. l. 22. §. 2. ff. ad SCt. Trebell. Sed amplius distinctionem hoc recipit: Aut enim judicio testatoris fructus heres percipit, aut negligentia fideicommissarii non petentis. Judicio testatoris, vel expresso, vel tacito, puta, si sub conditione vel in diem hereditas restitui jubetur. Videtur enim testator hoc modo rationem heredis habuisse. Hoc ergo casu compensatione facta aut Trebellianicam fructus absumunt, aut certe minuunt. Sin propter fideicommissarii negligentiam, tempore restitutionis nondum consumti, lucro heredis cedunt. d. l. mulier. 22. Negligentia autem fideicommissarii tunc percipi intelliguntur, cum fideicommissum pure relictum est in-*

De fideicommissis universalibus heres deducere potest quartam Trebellianicam.

ter-

Digitized by Google

intervallo petitur. l. quod bonis. 15. §. 6. ad L. Falc. Liberi vero fructus non imputant, etsi hereditatem extraneo restituant. l. 6. C. ad SCt. Trebell. Quod si jussus sit restituere, quidquid ex hereditate, bonisq; pervenerit? Non contineri fructus, respondet Modestinus l. quod bis. 83. de Legat. 3. l. heredes mei. 57. §. 54. ad SCt. Trebell. Cum juris indubii sit; fructus ex causa fideicommissariæ hereditatis restitui non oportere, l. in fideicommissaria. 18. ad SCT. Trebell. Nisi ex mora, aut speciali testatoris voluntate. d. l. 18. Sed opponitur l. Ballista. 32. ff. ad SCt. Treb. ubi specialis testatoris voluntas non apparet, & tamen restituendos fructus esse respondetur. Respondeo: Etsi testator verba specialia non adhibuit, quia tamen ex tota oratione apparet, testatorem coloniæ Philippensium plenissime prospicere voluisse, ideo verba testatoris ad omne successionis emolumentum sunt porrigenda. * *Porro fideicommisso gravati Trebellianicam simul atque legitimam jure civili deducere non possunt. l. 6. C. ad SCt. Trebell. cum in Trebellianicam legitima imputetur arg. l. 91. π. ad L. Falcid. junct. l. 30. C. de inoff. testam. Dn Carpz. 3. 1. 20. A. Fab. 11. Err. 7.* * *Secus jure Canonico c. Raimutius & c. Raynaldus X. de Test. Vide Heig. 1. q. 32. H. Pistor. obs. 171. nu. 8. Dn. Carpzov. 3. 1. 21. Sed numquid rogatus restituere, quod ex hereditate superfuerit, fructus quoque qui supersunt, restituere tenetur? Negat Papinianus. l. deducta. 58. §. pen. ad SCT. Trebell. hac ratione, quod lex restitutioni dicta, diminutionem quidem admittat hereditatis, fructuum autem additamentum non recipiat, Cujacius hanc rationem decisioni contrariam, & hunc ejus sensum esse putat: Heredi tantum permitti diminutionem medio tempore, non etiam hoc, ut possit fructus sibi addicere superfluos, nec restituere fideicommissario. Deberi ergo ab herede fructus superfluos. Male ergo legi: fructus superfluos non videri. Ideoque negationem expungit. Quam correctionem efflagitari a subjecta ratione etiam censet Wesenbach. Disput. ad Institut. 27. §. 11. Confirmat Cujacius opinionem per l. in fideicommiss. 3. §. 2. ff. de usur. ubi restituere rogato, quidquid ex bonis superevit, fructus, qui tempore mortis superstites inveniuntur, esse in causa fideicommissi a ICto respondetur. Respondeo utrinq; legis, & l. 3. §. 2. de usur. & l. deducta.*

Explic. l. Ballista, 32. ad Trebell.

Fideicommisso universali gravati Trebellianicam & legitimam simul non deducunt.

An rogatus restituere quod ex hereditate superfuerit, fructus qui supersunt restituere teneatur.

Explicatur l. 9. §. 2. de usur. & l. deducta 58. §. pen. ad Trebell.

§. pen. ad SCt. Trebell. diversa est species. Hujus quidem hæc: Titius 400. in bonis habens, decessit relicto Sempronio herede, rogato, ut quod ex hereditate superfuerit, Mævio restitueret: Quæritur, an, quod ex hereditate distractum ex fructibus suppleri debeat? Negat Papinianus. Quia testator per ea verba alienandi quidem bona F. potestatem heredi fecerit, noluerit autem ipsam hereditatem ex fructibus suppleri. At vero l. 3. §. 2. species hæc est: Titius rogatus post mortem suam, quidquid ex bonis superesset, restituere, ex 400. quæ erant in hereditate, 200. alienavit, ita ut & pro modo cæterarum facultatum proprium quoque patrimonium consumeret. Reperiuntur, fideicommissi die veniente, in fructibus nondum consumtis, centum. Quæritur, an ex voluntate testatoris ea centum fideicommissario debeantur? Id quod affirmat Papinianus. In hac specie non loquitur de superfluis fructibus, sed de superstitibus. Omnes quidem superflui sunt superstites: Sed non omnes superstites sunt superflui. Itaque Papinianus superstites restituere jubet, sed illos nimirum, qui concurrunt cum pretio alienationis, sive illud exæquant, ne damno afficiatur fideicommissarius. Id quod amplius confirmatur ex l. scribit. 33. ff. ad SCt. Trebell. Quoties igitur cunque cedente tempore fideicommissi minus, aut tantundem invenietur in fructibus, quantum ex fideicommisso consumtum est, omnes fructus sunt restituendi. Quod si plus fructuum supersit, quam ex hereditate diminutum, compensatione facta, quantum desiderabitur, tantum restituatur. Hi sunt superflui: Illi superstites.

Aliud in dict. text. sunt fructus superflui, aliud superstites.

AD THES. XXI.

NONDUM CONSUMTI] An ergo consumti restituuntur? Ita videtur ex verbis Auctoris concludi. Verum nec hi restituendi, quia in restitutionem fideic. fructus non veniunt *l. 18. §. 2. l. 57. pr. ff. ad SCtum Trebell.* Ergo verba Auctoris non intellige taxative, sed amplificative, quod etiam fructus nondum consumti, seu extantes, lucro heredis cedant, cum alias b. f. possessor tantum consumtos lucretur *l. 22. de R. V.*

NON CONTINERI FRUCTUS] Adde Struv. *exerc. 36. th. 34.* Ubi adducit pro hac opinione responsum JCtorum Jenensium, & *in resolut. ibid.* respondet argumentis dissentientium.

SECUS JURE CANONICO] Moribus distinguitur, an fideicommissum a filio jure

jure relictum sit, an sub conditione. Vid. Struv. ex. 36. th. 30. & quos ibi allegat.

RESTITUERE TENETUR]. Adde quoad hanc quaestionem Dn. Struv. d. exerc. *36. th. 34. & in resolut. ibid.*

XXII. Cessat haec ex iisdem caussis, quibus Falcidia, *& v. g. si testator eam prohibuerit, arg. d. Nov. 1. c. 2. sub finem.* * *Nisi liberi hereditatem restituere jussi sint, qui legitimam detrahunt. Secus est, si ex jure Canonico duplex quarta deducitur, ubi Trebellianicam vetare testator potest. Sed requiritur prohibitio expressa. Unde, prohibita bonorum alienatione, Trebellianica detractio non est prohibita. Item si coactus hereditatem adiverit, Trebellianicam deducere non potest. §. 7. Inst. de fideic. hered. vid. Trentl. th. 10.*

Ex quib. caussis cesset quarta Trebellianica?

Licet prohibita sit alienatio bonorum; Trebellianicae detractio non est prohibita.

XXIII. Restant codicilli, *quae vox Catoni ligna notat lib. c. 55. de Re rust. quia primitus tabulis pro chartis utebantur. Inde bon. possessio contra tabulas, contra lignum dari dicitur l. antepen. ff. de bon. poss. cont. tabb. Codicilli ergo parva tabula. Sed Suida, ὁ κωδίκιλλος exponitur, δέρμα προβάτου. Basilicor. synops. lib. 36. tit. 1. & Theophil. definiunt: ἐλλιπῶς, ἐν διαθήκῃ γνώμης τελευταίου ἀναπλήρωσιν. Et Moschopul. περὶ σχεδῶν, διόρθωσιν τῆς διαθήκης. Uterque recte, inspecta origine. Sed postea receptum, ut ab intestato fierent: Ita est* ultima voluntas minus solennis. §. *fin. Inst. h. t. Nempe in comparatione ad testamentum: Alias testium quinarius numerus, eorundemque subscriptio non solius probationis, sed aliqualis solennitatis ergo adhibetur omnino. Ludvv. p. 2. de ult. vol. c. 5. Dn. Eyben. obs. Disput. 12. obs. 2.* absque heredis institutione, *adeo ut nec conditio scripto heredi adjici; ne substitui, nec etiam hereditas adimi possit. §. 2. Instit. d. t. l. 10. ff. eod. Sed nimirum directo: Aliud est, si per fideicommissum. §. 2. Inst. h. t. Quod si omnino directo sit substitutio in codicillis facta, cum constet, codicillos potius testatorem, quam testamentum facere voluisse; benigne; benigne directa verba inflecti ad fideicommissum decebit. l. 76. ff. ad SCt. Trebell.* * *Quin & militi codicillis heredem instituere licet. l. 19. & l. 36. π. de test. milit.* coram quinque testibus facta. *l. fin. §. fin. C. h. t.* * *sive rogati, sive fortuito advenerint. d. l. fin. Qui, si codicilli scripti;*

Codicilli.

Quinarius testium numerus in codicillis non solius probationis gratia adhibetur.

In codicillis per fideicommissum heredis institutio fieri potest.

& subscribere tenentur. d. l. fin. *Quid vero de codicillis cæci?* *Octo testes requiri statuit Scabinatus Lipsiensis. Carpzov. p. 3. const. 6. defin. 5. Dissentit Dn. Richterus ad l. 8. qui testam. fac. p. 103. Ludov. d. loc. p. m. 405.*

Quot testes in codicillis cæci requiruntur?

AD THES. XXIII.

OCTO. TESTES REQVIRI] Et recte propter verba *d. l. 8. quod in EUNDEM modum*, cui concordat R. N. *de anno 1512.* von Unterricht der *Notarien etc.* von Testamenten §. Es ist auch *verbis*: SOLCHE Form. Dissentientes, quos inter est Dn. Struv. *ex. 34. th. 57. & ibi in resolut.* in eo refugium quærunt, quod verba ista impropric sint explicanda, ut denotent SIMILEM modum, Eine DERGLEICHEN Form / h. e. ut in codicillis, præter numerum consuetum, addatur sextus testis. Quibus hoc unicum reponimus, a proprietate verborum, nonnisi gravissimis rationibus urgentibus, haud esse recedendum, quæ hic non subsunt, cum argumentum e reliquis codicillis contra expressum textum in *d. l. 8.* non stringat. *Adde Dn. Brunnem. ad d. l. 8. C.*

Codicilli fiunt in testamento. Ut & ab intestato.

XXIV. Illud non interest, num testamento fiant, *vel ante illud, vel post, vel in ipso testamento. Neque necesse est, ut illarum, in testamento subsequente, fiat mentio, cum sufficiat revocatos non apparere. d. §. 1.* an ab intestato. *d. 1. §. 1. Quorum postulata heredes legitimi, etiam post mortem testatoris nati. l. 16. π. h. t. implere tenentur, l. 8. ff. h. t.*

Clausula codicillaris.

XXV. Huc pertinet clausula codicillaris, *qua cavetur, ut, si ultima voluntas pro testamento valitura non sit, pro codicillis tamen valeat l. 29. qui testam. fac. l. 41. §. 3. de subsit. l. ult. §. 1. C. h. t.* Quæ testamento apposita defectum solennitatis supplet, *d. l. fin. C. h. t. l. 11. ff. de manum. test.* * *Vitium autem institutioni commissum sanare non potest.*

AD THES. XXV.

CLAUSULA CODICILLARIS] Cujus formulam vide apud Nor. [illegible] *addit. ad §. 1. Inst. de Codicill.*

Res in codicillis relictæ quibus actionibus petantur.

XXVI. Petuntur autem res in codicillis relictæ, iisdem actionibus, quibus legata. *arg. l. 1. & 2. comm. de leg. Olim non nisi extraordinaria persecutione. l. 178. §. 2. de V. S.* Pro hereditate vero instituenda, etiam hodie officium Judicis implorandum est.

XXVII.

XXVII. Infirmantur codicilli aut principaliter & per se, contraria voluntate, *etiam nuda, l. si jure. 18. de leg. 3. Secus atque testamenta. Quia & nuda voluntate constituuntur. Declarata aut verbis, aut facto, scilicet codicillis posterioribus. Sed contraria l. 3. C. h. t.* Aut per consequentiam alieno casu, si ex testamento pendeant, *ante vel post illud confecti. l. 3. §. ult. l. 16. h. t. l. 14. h. l. pen. Testam. quemadm. ap. Ubi cum eo pariter & stant & cadunt. d. l. 3. §. ult. l. 14. vers. nimirum. l. 16. fin. ff. l. 1. pr. C. h. t.* — Infirmantur codicilli nuda contraria voluntate. — Codicilli cum testamento stant & cadunt.

DISSERTATIO XI.

De

Successione universali legitima, Prætoria, & Collationibus.

RESPONDENTE

BARTHOLDO CLEMENT, a KUHLA, Nob. Brem.

APHORISMUS I.

SEquitur Successio ab intestato, *ἡ ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομία, cui, nisi, deficiente testamentaria, locus non est. l. quamdiu. 39. ff. de adquir. her l. 89. de R. J. Dicitur autem intestatus, non solum qui testamentum noluit facere, sed & qui nequiit. l. 10. C. de leg. her. Nec non qui non jure facit: aut si quod jure facit, ex post facto infirmatur. pr. Inst. h.* Quæ & legitima dicitur, *quia immediate & proxime per legem defertur, cum testamentariam non tam lex, quam homo deferat. Vid. l. 130. de V. S. Sic Tac. 2. Hist. Rata fuere eorum, qui acie Othoniana ceciderant, testamenta, aut LEX INTESTATIS, ait. Et nihil aliud est successio ab intestato, quam tacitum testamentum, ex voluntatis conjectura, ut eleganter Grotius de J. B. 2. 7. 10.* in qua discernendum jus vetus a novo. — Intestatus quis? — Cur successio legitima sic dicitur? — Successio ab intestato est tacitum testamentum.

Successio jure veteri defertur vel jure cognat. vel Patronatus. Successio jure cognationis.

II. Jure veteri successio defertur vel jure cognationis, vel patronatus. *Cognatio vel ex libertate vel servitute. Illius spectantur successio & gradus cognationis.* Successio cognatorum ex libertate, *seu ingenuorum*, defertur quibusdam jure civili: *Aliis jure Pratorio, illis* per leges 12. tabb. & SCta.

AD DISSERTAT. XI.

AD THES. II.

JURE VETERI] Quæ hic sequuntur usque ad th. 12. poterunt, quia jure antiquata tractant, optimo jure omitti. Et totam rem paucis verbis complexus est Huberus *ad Inst. in Historia 13. priorum titul. lib. 3. Inst. p. m. 223. seq.*

Quæ defertur suis.

III. Lege 12. tabb. defertur 1. suis. *Vide Ulp. lib. sing. de legit. hered. apud auctorem collationis LL. Mosaic. tit. ult. Verba: SI AGNATUS NEC ESCIT, GENTILIS FAMILIAM HERES NANCISCITOR. Auctor. ad Heren. lib. 1. Cic. 2. de Inv. Ulp. l. 1. ff. Si tab. test. null. & in Fragm. tit. 26. id est, liberis, qui in potestate morientis fuerunt gradu proximi, eo tempore, quo certum est defunctum decessisse intestatum. Quo fit, ut interdum succedat ut suus, qui tempore mortis nondum erat suus §. 7. Inst. h. §. 6. tit. 2.* Sive sint filii sive filiæ. *l. 14. C. de Leg. her. §. 1. Inst. de exh. lib. idque more antiquissimo obtinuisse testatur Jobi Historia extrema.* Postumi, *l. 4. C. de suis & leg. qui, si vivo patre nati, in ejus potestate fuissent gradu proximi l. 3. de inj. rup. ir.* Nepotes *& deinceps. l. liberorum. 220. de V. S. l. 3. C. de suis & leg.* Sive legitime nati, sive adoptivi, sive legitimati. *§. 2. Inst.*

Si quinam?

AD THES. III.

JOBI HISTORIA EXTREMA] *cap. ult. vers. 16.* narrans Jobum & filiabus suis hæreditatem reliquisse, nisi forte hæc verba loquantur de dispositione testamentaria, aut plane de donatione inter vivos.

Non succedunt ex L. 12. tabb. emancipati, arrogati vel nepotes ex filia.

IV. Non ergo succedunt *capite minuti. Ulp. Fragm. tit. 27. §. ult. Ut emancipati, §. 9. de her. quæ ab int. quia L. 12. tabb. solum jus familiæ respiciebat: Sed impetrant a Prætore bonorum possessionem, unde liberi, per quam effectu ipso jus liberorum consequuntur.*

tur. §. 9. Arrogati, *si sunt in arrogati familia, tempore mortis patris naturalis, quibus nec Prætor subvenit.* §. 10. & 13. Neque nepotes ex filia, *quia non sunt in avi materni potestate: sed & agnati his præferuntur.* §. 15. *l.* 9. *C. de suis & legit. Postea Valentinianus, Theodosius & Arcadius eodem gradu & ordine, eos admisere, quo nepotes ex filio, sed ut tertia parte minus acciperent. Vide* §. *ult. Instit. h. t. l. ult. C. de suis & leg Nov.* 18. *c.* 4.

V. Deinde, *suis non exsistentibus,* Agnatis §. 1. *Instit. de legit. Agn. succ. Ulp. tit.* 26. *Quid ergo est, quod in l.* 1. §. 9. & 10. *de suis & Leg. post consanguineos vocari agnatos dicitur? Nempe, ut consanguinei proximi, id est fratres, ab ulterioribus discernerentur. Etiam per adoptionem conjunctis.* §. 2 masculis, *V. G. fratribus consanguineis,* ὁμοπατρίοις, *eodem patre natis, Theophilus ait* ὁμαίμους *appellari. Et ita Glossæ Græco-Lat. Cyrilli:* ὅμαιμος, *Consanguineus. Ita & Germani prisci. Tac. de Mor. Germ. Ex fœminis autem solæ consanguineæ sorores, Ulp. ap. auct. coll leg. Rom. tit.* 16. *Paul. sent.* 4. 8. 3. *An ex Lege Voconia? Ita Paulus* 4. *sentent.* 8. (*ubi pro Voconia narratione, legendum,* RATIONE: *Tulerat enim C. Voconius Saxa, Tribunus Pl. C. Claudio Pulcro & Tib. Graccho Coss. anno Urbis* 576. *ut qui post censuram Postumii Albini & Fulvii Flacci census esset ne heredem virginem, ne mulierem faceret. Liv. lib.* 41. *Sed turbat JCtos principes Dio lib.* 56. Τῶν δὲ γυναικῶν τισὶ παρὰ τὸν Οὐοκώνιον νόμον, καθ᾽ ὃν οὐδεμιᾷ αὐτῶν οὐδενὸς ὑπὲρ δύο ἥμισυ μυριάδας οὐσίας κληρονομεῖν ἐξῆν, συνεχώρησε τοῦτο ποιεῖν. *Id ita interpretor: Quibusdam etiam mulieribus contra Legem Voconiam, secundum quam nemini earum hereditatem cujusquam, qui censum viginti quinque millium denarium, seu centum millium sestertium haberet, capere licebat, id facere permisit. Ergo fœmina penitus hac lege exclusa, ajunt. Committunt cum Dione præterea Asconium, qui Voconium tulisse ait, ne quis census relinqueret filiam heredem. Censi autem intelligebantur, qui centum millia in professione detulissent, ut notat Asconius in Verrinas, qui & Classici dicebantur.* (*A. Gellius* 7. *c.* 13.) *Item Polyb. de Scipionis Æmil. incrementis. Epitomatorem Livii, lib.* 41. *Augustinum de C. D. lib.* 3. *c.* 21. *qui singuli, Voconium mulieres*

Suis non existentibus, [redacted]ati succedunt.

Ex fœminis solæ consanguineæ sorores.

An hoc ex L. Voconia?

Centum millia sestertium.

Censi quinam?

Classici.

ab hereditate exclusisse. Id quod colligi potest etiam ex Cicerone, 2. de Fin. ubi Q. Fabius rogat P. Sextilium, ut hereditas ad filiam perveniret. Si ergo Voconio plebiscito fœmina penitus exclusa, quomodo Voconia rogatione consanguineæ sorores admissæ? Verum enimvero Paulus d. l. non ait, Voconium ita tulisse; neque adeo admittenda Cujacii emendatio, legentis, Voconia rogatione: sed, ut habent diserte quidam Codices, Voconia ratione. Hoc ergo vult Paulus; Mediam Juris prudentiam secutam fuisse rationem legis Voconiæ, in eo, ne admitterent fœminas ad hereditates legitimas, ultra consanguineas. Rogatio Voconia pertinebat ad successionem testamentariam & legata, ejusque ratio erat, ne mulieres nimis locupletarentur. Hanc rationem secuta est media Iurisprudentia etiam in successione legitima, sed hactenus, ut non omnino fœminas excluderet, sed has duntaxat, quæ ultra sorores consanguineas. Quod vero plebiscitum Voconium ad testamenta pertinuit, probat diserte Livius: Ne quis heredem mulierem institueret: Asconius, ne relinqueret: Augustinus, ne faceret. At in successione legitima non relinquimus, facimus heredes, sed ipso jure fiunt ipsi. Loquitur ergo Dio de testamentaria capione. Et hoc est, quod Imperator ait pr. Inst. de L. Falc. Legem Voconiam coercuisse nimiam legandi licentiam. Nihil ergo est, quod magni ICti, Cujacius, Hottomannus, Godofredus Pater, Fabrottus de quadrante tradunt cumque Dioni obtrudunt. Vide omnino Dn. Gronovium de Sestertiis lib. 2. c. 16. Nec uno modo errat Bacchov. Inst. de fideic. her. tum in explicando myriadas Dioneas, tum circa leges Voconias, tum in eo, quod Paulum d. l. sent. erroris arguit. Comment. ad §. ceterum Instit. de leg. ag. succ. & ad pr. Inst. de fideicomm. hered. Excludebantur ergo fœminæ successione legitima, exceptis sororibus consanguineis. §. 3. Quapropter Prætor (quem ob id laudat Imperator. d. §. 3. vers. nos vero HUMANITATIS, ut loquitur, SUÆ, καθ' ἑλληνισμόν. Id satis indigne exagitat Bachov. comm. ad Inst. d. lo. Quasi vero idoneis aliis auctoribus ejusmodi constructio insolens. Corn. Cels. lib. 1. Laudatur Hippocrates artis & facundiæ. (Et totum Latium Græcismis plenum) fœminas agnatas admittebat inter cognatos, bonorum possessione. Unde cognati. d. §. 3.

Exponitur locus Pauli 4. sent. 8.

Explic. pr. Inst. de Leg. Falcid.

Laudatur Prætor humanitatis suæ fc. ergo. §. 3. Inst. de leg. agnat. success. Latium Græcismis plenum.

fi

si nullus proximior agnatus adesset. §. caterum. Inst. h. Vide tamen §. 4. d. t. & L. pen. C. de legit. her. secundum capita, *omnibus pariter, qui ejusdem gradus: sin diversorum*, proximioribus, *tempore mortis, aut destituti testamenti §. 6. l. 162. de V. S. Vide l. proximi. 155. π. eod. l. 9. de R. Dub. l. 34. de vulg. & pup. l. 1. §. 6. unde Cog. Cajus. lib. 3. Inst. apt. aut. collat. Mos. tit. ult. Ita ut proximiore non adeunte, sequens gradus per fiscum excluderetur, Ulp. l. 2. de suis & leg. Et tit. 26. de leg. her. §. si plures. 4. Paul. 4. sent. 8. Cui succurrebat tamen initio Prator successorio edicto. l. 1. de success. ed. Postea constitutio Iustinian. §. 7.* Excluso etiam patre & matre. *l. 2. π. de castr. pec. l. 9. C. Th. de bon. proscr. Quod si defunctus erat emancipatus, pater non succedebat ut Pater: sed tanquam Patronus liberto, post liberos demum & fratres. l. 2. C. ad SCt. Tertull. Vid. §. ult. h. t.*

AD THES. V.

VERUM ENIMVERO] Mutavit hic Auctor sententiam suam priorem. Ita enim in edit. anni 59. *Verum non est eadem lex Voconia, cujus Paulus & cujus Dio meminerunt, certe non est ejusdem legis caput. Illud Pauli agebat de successione legitima: Dionis & reliquorum ex testamento. Non feminam haeredem facere licebat, licebat legatum relinquere, nec tamen ultra 25000. denariûm. Haret enim non fit in re certa. Diserte Livius --- fiunt ipsi. Loquitur ergo Dio de legatis. Et hoc est, quod Imperator ait --- erroris arguit. Et nihil sunt praterea rationes ipsius, quibus absentit JCto Voconia rogationi id tribuenti, ne famina ab intestato succederent, Comment. ad §. caterum Inst. de legit. agn. success. Et rectius Hotomannus mediam ibi Jurisprudentiam non de JCtorum disputationibus, sed de νομοθεσία Voconia capit. Non enim id erat in potestate ipsorum Legi XII interpretatione abrogare, etsi id velit Theoph. §. 3. Inst. h. t.*

VI. Senatus consultum duplex erat: Tertullianum, Τεςτυλλιάνειον *Gracis. Rectius Latini, a Tertullo scilicet: Tertullus COS. fuit, cum Sacerdote, anno XXXI. Antonini Pii. Et quomodo igitur Iustinianus dicit temporibus Hadriani SCtum Tert. factum? Iuvat Zonaras, qui lib. 2. p. m. hoc. SCtum diserte Antonio tribuit. Vide Cujac.* quo mater. *Nam ante illud mater ad successionem liberorum non admittebatur, nisi Pratoris beneficio, post omnes agnatos, inter cognatos. Postea Claudius ab solatium liberorum amissorum matribus eorum detulit successionem. §. 1. h. t. Quo pertinet Sue-*

Ex SCt. Tertull. mater succedit liberis.

Jus quatuor liberorum Claudius matribus dedit.

ton. c. 19. qui Claudium jus quatuor liberorum matribus dedisse. Id est, si quatuor sustulissent, ut defunctis singulis succederent. Ingenua habens trium liberorum jus, Libertina vero quatuor, liberis intestatis succedebat. *§. 2. Inst. de SCt. Tertull. Vide §. 3. ult.*

AD THES. VI.

ET QUOMODO IGITUR JUSTINIANUS DICIT] Scil. *§. 2. Inst. de SCt. Tert.* Responsionem tradit Vinnius *in not. ibid.*

Ex SC. Orphitiano liberi matri ab intestato succedunt.

VII. Et Orphitianum, *factum sub Imp. Marco, & Antonino Philosopho, Orphitio & Vettio Rufo COSS. Meminit Euseb. chron. Georg. Monachus. Chronicon Alexandrinum, Niceph. Hist. Eccl. 3. 31* quo liberi *primi gradus. Non obstante l. Modestinus. 8. π. Unde Cog. Etiamsi alieno juri subjecti pr. Inst. h. l. pen. π. ad SCt. Tertull.* ad matris *sui juris* intestatæ hæreditatem admittebantur *ipso jure l. pen. C. de suis & leg. lib. Id est, citra cretionis solennitatem. l. cretionum. 17. C. de Jure delib.* ante omnes Agnatos *pr. h. t.* etiam *fratres consanguineos. §. 3. Inst. ad SCt. Tert. Exclusis nepotibus neptibusve, quos postea constitutiones principales admisere §. 1. Exstat constitutio in l. si defunctus. 4. C. Th. de legat. her.*

AD THES. VII.

NON OBST. L. MODESTINUS] Quæ loquitur de successione Prætoria, de qua *th. seq.*

Nec suis nec agnatis existentibus, vocabantur cognati.

VIII. *Aliis* jure Prætorio, *quia cum Lege 12. tabb. cognati ita excluderentur, ut fisco hereditas cederet: Ideo a Pratore, non exsistentibus vel suis, vel agnatis* vocabantur cognati *in specie dicti, hoc est, per feminas conjuncti*, gradu proximi, data b. p. Unde cognati, *pr. Inst. de succ. cogn. Non tamen in infinitum: sed usque ad gradum septimum. §. 7.*

Gradus quid?

IX. *Quia vero in successione non tantum cognoscendi sunt ordines, suorum, Agnatorum, matris item ac liberorum, ac denique cognatorum: Sed & in ordinibus ipsis proximitas graduum, oportet doctrinam nosse graduum. Est vero gradus, distantia agnatorum & cognatorum ex generationibus numeranda. Quæ doctrina vulgo Arbor consanguinitatis & adfinitatis vocatur.*

Cognatio servilis quid?

X. Sequitur successio ex cognatione servili, quæ est *cogna-*

gnatio servitutis tempore contracta, post manumissionem attendenda, & ad successionem proficiens. Licet enim olim serviles cognationes in successione non attenderentur: Iustinianus tamen libertis quoque, juxta cognationem in servitute contractam, jus hereditatum & mutuarum successionum concessit, *l. ult. C. de bon. libert.*

XI. Successio ex jure Patronatus, consideratur vel in genere, *quemadmodum Patroni eorumque liberi in bonis libertorum succedant Quod jus multum variavit. Primo enim, si libertis essent sui heredes, patroni LL. XII. excludebantur. Nec adversus testamentum liberti, quo alios heredes scripserat, aliquod juris habebant. Ulpi. frag. t. 29. Prætor autem Patrono succurrebat non tum solum, si filium adoptivum, sed & si quemlibet alium extraneum reliquisset, in semissem eum admittens. Meminit Sueton. Nerone. c. 32. Quod obtinebat, etsi libertus jus aureorum annulorum l. is qui. 5. π. de jur. aur. ann: l. 3. π. de bon. libert. Vel liberam testam. factionem a Patrono impetraverat. l. Paulus. 47. §. patroni π. de bon. libert. §. 1. Instit. de succ. libert. per bonor. poss. contra tabb. secus in Patrona. Ferd. Ar. de Mesa. 3. resol. 5. Tertia legislatio fuit Papia, qua, si libertus esset centenarius. (id est, haberet centum millia sestertium in bonis) & liberos tribus pauciores, patrono pars virilis debebatur. Quare si libertus duos reliquit, patrono cesset tertia: Sin unum, dimidia; perinde ac si sine liberis TESTATUS decessisset: Ita enim legendum; cum Theophilo, Cujacio, Hotomanno, Russardo, Contio, Pacio, Wesenbecio, Bacchovio, Fabrotto, contra Robertum. Si heredem extraneum, itidem semissis. Sin tres haberet, repellebatur patronus. §. 2. Inst. h. Quartum jus fuit Iustinianum, quod ita distinguit: Liberto intestato defuncto primo vocantur liberi; deinde fratres & parentes, tertio loco patronus, postea liberi patroni, usq; ad V. gradum. Et tandem Collaterales usque ad V. grad. Sin testamentum relinqueret; Patronus per bon. poss. contra tabb. tertiam partem hereditatis auferebat heredi scripto, si libertus major esset centenario, i. e. plus centum aureis haberet. t. t Inst. h.*

Successio ex jure patronatus consideratur I. in genere I. in specie.

Libertus centenarius sec. legem Papiam.

XII. Vel in specie, *quemadmodum liberi his succedunt* adsignatione *qua Theophilo, Glossis, Basilicis*, προσκυρωσις: *Et assigna-*

Major centenario secund. Jus Just. quis:

Assignare libertos quid?

gnare, in l. 107. ipsis est προσκυρῶν. cuipiam a parente facta. *Assignare autem libertos Patronus dicitur, cum alicui ex filiis, vel filiabus. §. 1. Inst. h. l. 20. de V. S. unum vel plures libertos attribuit sive in testam. sive ab intestat. §. ult. Inst. d. ass. lib. Hoc jus SCto introductum, Claudio Imp. Suillo Rufo & Hostorio Scapula COSS. S. ult. Inst. h. Ita enim legendum, docent Fasti Capitolini & Tacitus cum Theophilo hic. perperam in textu Justiniani: SABELLIO RUFO ET ASTERIO SCAPULA COSS. Nec melius Ant. August. emendat. VELLEIO RUFO. 3. emend. 7. Ut is tantummodo solus bona liberti consequatur. Sed numquid in potestate constitutis solu? An & emancipatis? Etiam his, secundum Modestinum l. utrum 9. de assig. libert. Non obstat §. 3. Inst. h. ubi si filiofam. facta sit assignatio, hoc emancipato, evanescit. Ergo multo minus ab initio in ejus persona consistere posse videtur. Resp. Pater filiof. assignat ea mente, ut tamdiu habeat jus liberti, quam diu familia. Quæ voluntas tacite per emancipationem tollitur. Sed si assignat emancipato, voluntas expressa tacita alicujus præsumsionem tollit. Vide Merill. 7. obs. 13.*

An emancipatis filiis adsignari libertus possit? Explic. §. 3. Inst. de ass. libert.

AD THES. XII.

ETIAM IIS] Imo non: *d. §. 1. Inst. de assign. libert. Scribit: ut eos, quos in potestate habet.* Ad *l. 9. ff. h. t.* respondet Eckolt. *ff. de assign. libert. §. 2.*

XIII. *Hæc de jure veteri.* Jure novo Novellæ 118. omnis successio ab intestato, *vel sit jure sanguinis, vel ex ratione aliqua civili.* *Prior* tribus ordinibus est comprehensa, descendentium, adscendentium, & collateralium. Descendentium *appellatio eadem est, quæ liberorum, ut & nepotes & pronepotes comprehendat. De vernaculo,* Leibeserben *dubitatum aliquando fuit, an Nepotes comprehendat? Wehnerus enim in observationibus, verb.* Erben *id negat. Sed contrarium responderunt Antecessores Lipsienses, Anno 1626. 5. Iulii.* Sunt *vero* alii legitimi, qui vel *ita dicuntur in sensu exclusivo; cognationis naturalis.* adoptivi, vel *inclusivo*, ex justis nuptiis procreati, *qui vel ab initio tales*, vel *ex post facto*, legitimati.

Successio ab intestato ex Jure Novellarum. Hæc fit vel Jure sanguinis vel ex ratione aliqua civili. Ea quæ fit jure sanguinis tribus ordinibus comprehenditur.

XIV.

Primus ordo est Descendentium.

XIV. Liberi ab initio justi sunt vel primi gradus, vel ulterioris: utrique vel soli, vel cum aliis concurrunt. Liberi ejusdem gradus soli cujuscunque sexus, omnibus adscendentibus *etiam avo, qui filium defunctum, cujus de successione agitur, in potestate habuit: Sed quoad castrensia & adventitia. Nov. 118. c. 1. vers. licet.* & Collateralibus præferuntur. *Nov. 118. c. 1.* & succedunt in capita, *id est, hereditas dividitur æqualiter & viritim, secundum numerum personarum: Ut quot personæ sunt, tot fiant partes.*

Succedere in capita.

AD THES. XIV.

CUJUSCUNQUE SEXUS] Et ætatis. De Jure Saxon. tamen utrobique diversum obtinet. Nam quoad sexum præferuntur filii, respectu Geradæ. *Excell. Dn. Stryk. de success. ab intest. C. 1. art. 3. §. 8. 9. 10. 11.* Considerenda tamen & hic statuta municipalia. Quale est statutum Lipsiense de Gerada. Quoad ætatem de Jure Saxon. receptum est, ut frater senior dividat, junior eligat. *Dn. Stryk. d. l. §. 12.*

Liberi primi gradus, ex se natos excludunt.

XV. Excludunt etiam liberi primi gradus *in potestate* [illegible] se natos nepotes *quamvis in potestate constitutos. Quia suitas adhuc hodie consumitur in primo gradu. Unde ejusmodi nepos in casu, quo pater ipsius nondum declarata voluntate vel ignorans vel deliberans decesserit, ad avi hereditatem pervenire nequit sive ut suus, sive ut agnatus, repudiata paterna hereditate l. ult. C. unde li. Vide Dn. Franzk. exercit. 8. q. 3. Bonorum tamen possessionem petere non prohibetur. Giphan. ad l. ult. C. unde lib. Cujac. 4. obs. 6.* Sive illi sui sint, sive emancipati *Quam differentiam Iustinianus sustulit; Quod ad ipsam nempe successionem. In modo enim succedendi & transmissione hereditatis, adhuc durat differentia, qua sui ipso jure heredes existunt. §. Sin autem 3. Inst. d. t. & §. 2. h. t. de her. qual. & diff. Emancipati per aditionem §. item extraneus 6. Inst. d. t. sui hereditatem nondum aditam transmittunt; Emancipati non nisi aditam. l. 8. C. de suis & leg.*

Differentia inter suos & emancipatos quatenus a Justin. sublata?

AD THES. XV.

UNDE EJUSMODI NEPOS IN CASU] Adde omnino Dn. Stryk. *de success. ab intest. c. 2. th. 17. 18.* Neque per Nov. 118. illud immutatum. *Dn. Stryk. d. l. th. 19. Franzk. d. ex. 8. qu. 4.*

REPUDIATA PATERNA HÆREDITATE] Præsupponitur ejusmodi casus, ubi & pater fuit in potestate avi. Si enim nepos paternam hæreditatem

non repudiet, poterit omnino ad hæreditatem avi ipso jure ad se transmissam pervenire. *Franck. d. exerc. 8. qu. 3. n. 7. 8. Adde Dn. Stryk. d. c. §. 22.*

QVOD AD IPSAM NEMPE SUCCESSIONEM] Ergo per *d. Nov. 118.* emancipatus etiam de Jure civili succedit, nec amplius jure Prætorio opus habet, secus ac putat Cujacius *Dn. Stryk. d. c. 2. §. 4.*

NON NISI ADITAM] Excipe [1.] descendentes, ad quos etiam non aditam transmittunt *l. un. C. de his, qui ante apert. tabb.* (Sui vero transmittunt ad quosvis hæredes, etiam extraneos) [2.] si emancipatus intra tempora deliberationis decesserit, tunc enim, ut quilibet hæres extraneus, ad quemvis hæredem jus suum transmittit. *Carpz. P. III. c. 14. d. 13. n. 5. seqq. Dn. Stryk. d. c. 2. §. 3.*

Succedit in stirpes.

Repræsentatio.

Jus præsentationis in ratione naturali fundatur.

Habet locum in infinitum in linea descendentium.

XVI. Si vero primi gradus liberi cum nepotibus, sive ulterioribus descendentibus concurrant, succeditur in stirpes, *i. e. eam portionem hereditatis accipiunt, quam Parens eorum accepturus fuisset, cujus locum ingrediuntur, eo defuncto*, jure repræsentationis, *qua patrem suum, propter quem succedunt, repræsentant. Quod jus ratione naturali non destituitur: Modestinus id* τὸν τοῦ πατρὸς ἀποθανόντος τόπον πληροῦν, *appellat. Justinianus Nov. ut FRATRUM FILII*, τὴν πατρῴαν ὑπεισιέναι τάξιν. *Philo Judæus, Legatione ad Cajum:* υἱωνοὺς πατέρων ἀποθανόντων ἐν υἱῶν τάξει παρὰ πάπποις καταριθμεῖσθαι. Καθιόντας εἰς τὸν ἰδίου γονέως τόπον ὑπεισελθεῖν. *Michael Attaliatta. Hebræis filius in sepulcro succedere dicitur. Grot. de I. B. lib. 2. c. 7. n. 6. Cæterum hoc repræsentationis jus fere in Septentrionibus ignotum olim, Vide Lamberdum Goris, advers. juris tract. 2. c. 1. annot. 1.* Landrecht. *lib. 1. art. 5. Introduxisse primus in Franciam Childebertus edicto, in Trans-Rhenanas partes Otho Henrici F. (teste Wittikindo. lib. 2.) feruntur, Grot. de I. B. 2. 7. XI. not.* Quod in infinitum locum habere videtur. *per de Nov c. 1. Sed numquid & in dispositione hominis; aut ultima voluntate? Vide H. Pistor. obs. 164.*

AD THES. XVI.

AUT ULTIMA VOLUNTATE] Loquitur Pistoris, cui adde Struv. *ex. 36. th. 20.* in genere de jure repræsentationis etiam in collateralibus recepto, de quæstionem affirmat, quatenus scilicet repræsentatio ab intestato est recepta, nisi testator agnatos & cognatos non simpliciter vocaverit, sed secundum gradus prærogativam, aut si certum gradum vocaverit, vel

6

si PROXIMIORIBUS agnatis aliquid reliquerit. Transfert autem postea hanc limitationem ad speciem. Titius in testamento PROXIMIORES agnatos instituerat, quærebatur: an post ejus mortem, cum fratre ejus, jure repræsentationis succedere deberent alterius fratris filii? Respondet negando ob d. limitationem ultimam. Quæ an recte se habeat, valde dubito. Nam etiam lex, ab intestato proximis agnatis hæreditatem defert, & tamen jus repræsentationis in fratrum liberis admittit. *Vid. Add. th. 27.*

XVII. Quod si nepotes, vel ulteriores, soli sint, *videndum, an sint ex una stirpe, v. g. tres nepotes unius filii, & tum successio fit in capita, quia singuli ex propria persona succedunt: Sin ex diversa stirpe*, succeditur in stirpes. *Et ita cum Lipsienses cum nostrates respondisse testatur Colerus decis. 47. n. 9. Nisi nepos post mortem avi sit conceptus, quem ad hæreditatem avitam nec civili, nec Prætorio jure admitti, defendimus cum Bach. §. 8. Inst. de her. quæ ab int. l. 6. pr. vers. Sed hæc ita. ff. de inj. rupt. irr. Forster. de success. ab intest. c. 23. n. 5. * Quamvis sit humanius, jure saltem sanguinis, cujus rationem Iustinianus habuit ex sua persona hunc admittere.*

Nepos post mortem avi conceptus ad illius hereditatem nec civili nec Prætorio jure admittitur.

AD THES. XVII.

EX PROPRIA PERSONA] Non jure repræsentationis inde & si 3. nepotes adsint unius filii, semis ipsis, loco legitimæ, debetur, non triens. Aliud, si vel plures adsint duorum, trium, aut quatuor filiorum nepotes. *Carpz. P. III. c. 12. d. 11.*

SUCCEDITUR IN STIRPES] Scilicet quia secundum communem Dd. opinionem nepotes non tam jure proprio, quam jure a parentibus suis transmisso, qui, vivente avo, quasi domini ejus 'em bonorum reputabantur §. 2. *Inst. de hered. qualit. & different.* succedunt. *Dn. Stryk. d. c. 2. th. 24. Carpz. d. l. n. 5.* Quamvis contra communem hanc sententiam nepotes jure proprio, non transmissu, succedere late disputet *Forst. l. 4. c. 20.*

NISI NEPOS POST MORTEM AVI] Adde Dn. Stryk. *d. c. 2. §. 15.*

XVIII. Adoptivi, durante adoptione, æqualiter etiam cum aliis liberis succedunt. *l. 5. C. de suis & leg. Soluta vero ea, a successione repelluntur. l. pen. C. de adopt. excepto*, si ab avo adoptati fuerint, *ubi* succedunt patri suo, *emancipatione, patre vivente, facta. Mortuo vero hoc, facta, avo jure communi succedunt. l. 10. pr. C. de adopt.*

AD THES. XIIX.

AEQUALITER CUM ALIIS LIBERIS] Sive arrogati, sive adoptati sint tam ab extraneo, quam ab aliquo descendentium. Sed an etiam liberi adoptati, si soli sint, excludunt adscendentes? Omnino *per l. 1. §. 6. ad SCtum Tertull.* quod & hodie obtinere, nisi in fraudem patris adoptio facta a filio, docet Dn. Stryk. *d. c.* [illegible] *th. 16*

EMANCIPATIONE, PATRE VIVENTE, FACTA]. Imo etsi adhuc in adoptione avi sint, tamen succedunt patri suo, & si, mortuo patre, emancipentur ab avo materno, ad patris sui successionem venient. *Dn. Stryk. d. c. 2. §. 27-30. Conf. Strub. ex. 38. th. 21.*

XIX. Legitimati per subsequens matrimonium, eodem modo, quo legitime nati, succedunt. *§. sui autem. vers. quibus connumerari. Inst. de her. qua ab int. l. 10. C. de nat. lib.* Per rescriptum vero non aliter, quam si liberi nulli exsistant. *Nov. 89. c. 9.* * *nisi liberi post legitimationem factam nati fuerint, aut specialiter hoc Princeps in legitimatione expresserit. Gail. 2. Obs. 142. n. 5. & 8.*

Nulli legitimati in feudis ab intestato succedunt.

* *In feudis vero nullos legitimatos admitti, innuit. §. naturales. 2. Feud. 26. juncta. l. 8. ff. de Publ. in rem.*

AD THES. XIX.

IN FEUDIS VERO NULLOS LEGITIMATOS]. Facit cum Auctore Ludw. *Synops. Jur. feud. c. 10. p. m. 210. seqq.* Alii communiter distinguunt inter legitimatos per subsequens matrimonium, & per rescriptum Principis, illos admittentes, hos excludentes. *Vid. Dn. Stryk. exam. jur. feud. c. 9. qu. 38. 39. & de success. ab intest. d. c. 2. art. 1. §. 12. seqq. Strub. Syntag. Jur. Feud. c. 9. aph. 3. n. 8. seqq. Carpz. P. III. c. 28. d. 16. & 17. H. Pistoris B. II. qu. 40. & 41.* Mihi videtur *d. c. 2. F. 26.* generaliter esse accipiendum. In eo tamen sententiam Doctoris mei Magnif. Dn. Rhetii, *Comm. ad t. F. 8. p. 301. n. 8. seqq.* sequor, atque Auctore & Ludwello recedo, quod nempe legitimati in successione feudali plane non excludantur, nisi POSTEA, i. e. postquam successio ad ipsos jam fuerit delata, legitimentur. *d. 2. F. 26.* Sententiis dissentientium ex asse satisfacit Dn. Rhetius, *ibidem*, ac de moribus Brunsvicensibus, Marchicis, Saxonicis plura addit, exemplisque illustribus sententiam suam declarat. Jure Saxonico quidem per *Constit. provinc. Maurit. de anno 1543. tit.* von denen aus der Ritterschafft / welche Kinder ausserhalb der Ehe zeugen / und ihr Lehn-Guth auf sie erben wollen: non solum legitimatos per subsequens matrimonium, sed & omnes legitimatos a successione feudi arceri verius est. At testatur tamen H. Pist. *d. qu. 41. n. 37.* Constitutionem illam contrario usu, quoad legitimatos per subsequens matri-

mo-

monium, esse abrogatam, adeoque observantia Judiciorum Saxonicorum fere sequitur mediam distinguentium opinionem per ea, quæ *Carpz. & H. Pist. dd. ll.*

XX. Alii (*connecte aphor. 13.*) illegitimi, & vel naturales, qui, non nisi justis liberis & uxore non extantibus, in sextantem hæreditatis paternæ vocantur, *Nov. 89. c. 12. § 4. & d. auth. licet, C. de nat. lib.* * *Sed primi gradus liberi duntaxat. Qui enim ulterioris, quamvis ex filio naturali justi & legitimi sint, avo naturali & reliquis per patriam lineam adscendentibus non succedunt. l. fin. C. de nat. lib.* * *Exclusi vero testamento, querelam pro sextante suo non possunt instituere. l. 8. & auth. seq. C. de nat. lib.* Matri vero, *etiam illustri. §. novissime. 3. Inst. de SCt. Orph. & l. pen. C. eod.* aviæ, & aliis in materna linea adscendentibus una cum justis succedunt. *arg. l. 8. ff. unde cogn.*

AD THES. XX.

VEL NATURALES] Adde Dn. Stryk. *de success. ab intest. c. 2. mt. 1. th. 31-35.*

XXI. Vel spurii, qui Patri plane non succedunt. *§. 12. Inst. de nupt. §. 4. Inst. de succ. cog. Etsi se patrem profiteatur. arg. l. 5. ff. de in jus voc. Contrarium tamen per statutum introduci posse videtur. Inter hos recte referantur, qui ex conjunctione, cui benedictio sacerdotalis non accessit, nati; dissentiunt ICti Saxonici. Affirmant Dn. Antecessores Lipsienses, ut docet Responsum eorum anno 1642. 15. Januarii. Negant Dn. Scabini ibidem, Carpz. 3. 14. 12. quibuscum convenit Ienensibus nobis, ut liquet ex præjudicio quodam ap. Dn. Ungep. Exerc. 9. q. 3. in Ajo. Quod probatur etiam curia Frisica. Sandius lib. 2. tit. 1. def. 1. & Charond. ita senatum Parisiensem judicasse testatur in memorab. voce: Enfans. Elector Saxoniæ, ita nupere decisit, ut, si sponsalia publica præcesserint copulam, pro legitimis habendos liberos, sin; secus statuit. Decis. 49.* Sed matri. *§. 3. Inst. de SCt. Orph. Etiam in Gerada, cum legitimis fororibus. Themin. Manuali, p. 102. Quid si sola sit spuria, cum Vitrico? Nihil accipit Geradæ, prout accipit art. 15. inf.* Landr. *lib. 3. Auctor differentiarum par. 2. diff. 21. sed si conferas textum Latinum, aliud videri possit.* * *Nisi sit*

An inter spurios referendi, qui ex conjunctione, cui benedictio sacerd. non accessit, nati?

Matri illustri non succedunt spurii.

Liberis incestuosis nec Jure civili nec Canonico alimenta debentur.

sit illustris, ubi spurii non succedunt, nisi deficiant liberi legitimi. L. pen. C. de SCt. Orph. vel ex damnato coitu nati, *in quorum numero an & hi qui ex duobus consobrinis geniti? Adf. Virg. Pingiz. q. 12. Ego vero subsisto*, qui ab omni successione sunt exclusi. *auth. ex complexu. & l. 6. C. de incest. & inut. nupt.* * *Imo ne alimenta quidem debentur iis. d. auth. Nov. 74. c. ult Nov 89. c. ult. etiam jure Can. de quo alias contrarium Dd. docent. c. cum haberet. X. de eo, qui duxit. Treut. h. th. 3. lit. g. Palæot. c. 46. Gregor. Lopez. 1. anim. 32.*

AD THES. XXI.

QVI PATRI] Etiam hodie, nisi de patre certo constet &c. *Dn. Stryk. d. l. th. 36.*

INTER HOS: RECTENE REFERANTUR] Vid. not. supra *ad disputat. 2. th. 19.*

SED MATRI] Quod nec jure Saxon. mutatum, uti contra *Zobellum* ostendit Dn. Stryk. *d. c. 2. art. 3. §. 15.*

NISI SIT ILLUSTRIS] Adde Dn. Stryk. *d. l. th. 37.*

QVI EX DUOBUS CONSOBRINIS GENITI] Si ita generaliter accipiatur quæstio, non difficile erit respondere, sed tunc absque hæsitatione dici potest, filios ex duobus consobrinis genitos in matrimonio, esse liberos justos, extra matrimonium, haberi pro naturalibus. At casum specialem proponit Pingizerus: Quidam nobilis, inscia & invita tota sua cognatione cum virgine nobili, sua consobrina, matrimonium inire voluit, & per sacerdotem ab officio remotum, præsentibus aliquot personis, eam copulari sibi curavit. Quod cum rescivit Magistratus superior, ad pœnam eum trahere voluit, ideoque non tuto commorari in ædibus suis poterat, sed latitare hinc inde cogebatur. Paulo post moritur, relicto posthumo ex hac fœmina filio: quæsitum fuit inter alia, an bona ipsius feudalia ad fratres, an ad hunc filium spectare deberent? Pingizerus dicit, ad fratres spectare, & hunc filium habere non solum pro naturali, sed etiam pro eo, qui ex damnato coitu natus sit, quasi conjugia consobrinorum non solum jure statutario, sed & quodammodo jure naturali sint prohibita. Decisionem quæstionis tolero. Rationes vero, & quod ejusmodi filius æquiparetur ex damnato coitu natis, nego. Quin potius pro naturali habeo. Inde quæstio ex longe aliis principiis discutienda, & præprimis illa puncta consideranda fuissent: (1) an ab officio remotus minister ecclesiæ possit adhuc actus ecclesiasticos exercere? (2) an benedictio sacerdotalis ad essentiam conjugii requiratur? (3) an con-

conjugii contra prohibitionem civilem de facto contracti rescindantur; (4) eove effectibus civilibus saltem destituantur (5 tam ratione contrahentium, quam ratione liberorum inde natorum, & quidem maxime ratione successionis? [*Conf. Dn. Stryk. de success. ab intest. d. c. 2. art. 1. §. 40.*] (6) an hoc casu, respectu feudi, aliquid peculiare observandum? quæ accuratius exequi jam non vacat.

DEBENTUR IIS D. AUTH.] Quæ auth. non admittit distinctionem inter alimenta lautiora & tenuiora, uti explicant nonnulli, quos citat Dn. Stryk. *d. l. §. 38.* nec etiam aliorum responsionem, quod parentibus quidem prohibita sit alimentorum præstatio, non tamen Magistratui, quicquid etiam pro ea afferat Richter *ad d. auth. n. 13. 20.*

ETIAM JURE CANON.] Quia hic nihil immutatum; facit *c. 15. in fin. X. qui lib. sint legit.* In *cap.* vero *5. de eo, qui duxit.* continetur casus specialis. *Richter ad d. Auth. ex complexu, n. 21.* Moribus tamen alimenta debentur. *Richter ibid. n. 22. seq.*

XXII. Deficientibus his, sequitur ordo Adscendentium, *qui vel comparantur inter se, vel prout concurrunt cum collateralibus.* *Inter se vel sunt primi; vel ulterioris gradus.* Qui in primo gradu constituti *excludunt remotiores. auth. defuncto. C. ad SCt. Tert. Ius enim repræsentationis in hoc ordine locum non habet, cum rationi non sit conveniens, ut Parentes liberos repræsentent; quod est, eorum locum ac vicem subire.* æqualiter, *in capita, secundum numerum personarum* succedunt. *Eadem ratio est juris Saxonici, quod hodie obtinet ex usu & interpretatione, constitutione Augusti Septemviri confirmata p. 3. const. 17. Non item secundum mentem Saxonici in* Landrecht *lib. 1. art. 17. Quo loco nihil clarius, quam excludi matrem a Patre. Concurrit ergo hodie cum patre mater in proprietate: Sed ususfructus patri in solidum adquiritur. Consult. Sax. tom. 1. p. 2. n. 23.*

Secundus ordo est Adscendentium.

In ordine Adscendentium jus repræsentationis locum non habet, & cur?

AD THES. XXII.

JUS ENIM REPRÆSENTATIONIS] Adde Dn. Stryk. *d. l. c. 3. art. 1. §. 17.*

JURIS SAXONICI] Adde Dn. Stryk. *d. c. 3. art. 3. §. 1.* nisi quod Jure Saxon. mater & avia præferantur parentibus masculis, quod Geradam. *Dn. Stryk. §. 21.*

USUSFRUCTUS PATRI IN SOLIDUM] Quia scilicet de Jure Saxon. maritus habet usumfructum etiam in bonis uxoris.

Adscendentes, ulterioris gradus, soli, non in stirpes sed in genera, absque distinctione bonorum, succedunt.

XXIII. Inter ulterioris gradus solos, ex æquo *iisdem* dividitur hereditas. *ita ut dimidiam accipiant a Patre adscendentes, alteram, a matre*, in genera, *non stirpes. Vide Hillig. Don. 9.3.* E. absque distinctione bonorum, *utrum a patre, vel matre provenerint. Nov. 115. c. 2. Casp. Schifferdek. 1. 14. 3. Quia bona semel adquisita amiserunt respectum paternorum, vel maternorum bonorum, facta defuncti patrimonium. l. 10. §. 2. ff. de vulg. & pup. subst. Etiam jure Saxonico. Vide Dn. Carpz. 3. 17. c. Contrarium hodie servant Scabinatus noster & Lipsiensis, ubi respondendum est iis, qui jure Saxonico non utuntur. Sed olim non item, si recte capio Colerum decis. 47. n. 5. qui non distinguit inter Ius Civ. & Sax. quod tamen in præcedentibus numeris fecerat, non omissurus hic procul dubio, si id voluisset.* * *Usumfructum tamen pater in adventitiis sibi adquisitum, in portione matri delata retinet. l. ult. §. fin. C. ad d. SCt. Tert. Quoniam successor non plus juris habet, quam is, cui successit. l. 59. de R. I. & usufructus morte proprietarii non exstinguitur. §. 3. Inst. de usufr.*

Pater Usumfructum in filii bonis adventitiis sibi adquisitum in portione, quæ ex bonis illis, ad matrem pervenit, retinet.

AD THES. XXIII.

INTER ULTERIORIS GRADUS SOLOS] Dn. Stryk. *c. 3. art. 1. §. 18.*

ABSQVE DISTINCTIONE BONORUM] Quam sententiam defendit, & ad dissentientium rationes respondet Dn. Stryk. *d. l. §. 19. 20.*

CONTRARIUM HODIE] *Vid. Dn. Carpz. P. III. c. 14. d. 2. Matth. Berlich. P. III. concl. 20. n. 14. H. Pistoris obs. 51. n. 2.*

USUMFRUCTUM TAMEN PATER] *Dn. Stryk. d. l. §. 13.*

Adscendentes fratres consanguineos & uterinos plane excludunt.

XXIV. Quod si cum adscendentibus *primi, vel ulterioris gradus. Nam nec avus per fratres excluditur. Nov. 118. c. 2. ibi; Cum proximis gradu.* concurrant fratres, vel sorores defuncto utrinque conjuncti, *unilateres excluduntur, ut nec consanguineus cum Patre, uterinus cum matre concurrat. auth. defuncto. C. ad SCt. Tert. Contrarium tamen in respondendo de jure secutos esse Antecessores nostros testatur Pingiz. qq. Sax. 15. n. 10. & ita consuluit Schurf. cons. 3. Aliter recentiores nostrates, ap. Dn. Richterum de succ. ab intest. sect. 2. m. 1. n. 21.* tunc fit successio inter illos in capita. *Ut nec pater, vel avus hodie usumfr. in ea parte bonorum, quæ defuncti fratribus obvenit, consequatur; Sed pleno jure fratribus*

ad-

adquirantur. Nov. 118. c. 2. verf. nullum in hoc casu. Sin prædefunctorum fratrum liberi, in stirpes. *Nov. 127. c. 1. Ita Scabini Jenenses anno 1632. versus Grazium Variscorum:* Do nun ein Gut verhanden/ welches nach der Eltern Tode auff beyde Kinder zugleich kommen/ so hat das verstorbene Söhnlein seinen Antheil uff den Grosvatter/ vermöge Sächs. Rechte/ bracht. *Vide Col. decis. 47. n. 4. sententias post Weichb. fol. 132. Ita & pronunciatum 16. Mart. An. 634. Non attento, in quo territorio hereditas sita, vel ex qua linea vel familia proficiscatur, uti pronunciatum 25. Junii 1634. Confer Schulz. de arbor. consang. fol. 269. n. 26.* * *Idem est, si defunctorum fratrum liberi soli concurrant cum adscendentibus. Nepotes autem fratrum ab adscendentibus excluduntur. auth. post fratrem. C. de leg. her. Dn. Carpz. p. 3. const. 17. def. 4. Iure Saxon. ab Adscendentibus excluduntur, qui ex transverso.* Landr. 1. 17. *Gœden. cons. 67. & cons. 70. Schurf. 1. cons. 55. n. 3. Qua ratione ex facto consulti Dn. Scabini Lipsienses, matre & filio, furti condemnatis ambobus, filio matris hereditatem addixerunt; filii vero suspendiosi hereditatem aviæ; quamvis hic furcifer sororem reliquisset. Filius enim etsi uno tempore cum matre laqueo suffocatus, posterius mortuus creditur, & jus suum in aviam transtulisse. Ita illi ann. 1568. versus Denstadium Thoming. Manual. p. 27. quia debilior præsumitur prior mori. Vide Schneidew. fol. 403. n. 4. & ibi Godefred. Carpz. p. 1. decis. 19. Bartol. cons. 179. n. 3.*

Nepotes fratrum, ab ascendentibus excluduntur. Jure Saxon. transversales excluduntur ab adscendentibus.

AD THES. XXIV.

NEC AVVS PER FRATRES EXCLVDITVR] *Dn. Stryk. c. 3. art. 1. §. 11.*

VNILATERALES EXCLVDVNTVR] *Dn. Stryk. d. l. §. 30. Carpz. P. III. const. 17. def. 5. n. 6.*

CONTRARIVM TAMEN] Adde & Berlich. *P. III. concl. 23. n. 9.*

INTER ILLOS IN CAPITA] Dn. Stryk. *d. l. §. 25.*

HODIE VSVMFRVCTVM] Concedit Dn. Stryk. *d. l. §. 12. 13.* hanc sententiam de successione in bonis filii emancipati, item de successione in bonis castrensibus filiifamilias, negat autem de successione in bonis adventitiis filiifamilias, sed hoc casu patri usumfructum salvum manere putat, quia patri semel, vivo filio, ususfructus est quæsitus, quem parens ad dies vitæ retinet, nec per mortem filiifamilias ei auferri potest, ideo-

quo

que obtinet hoc casu adhuc hodie decisio *l. 7. §. fin. C. ad SCtum Tertull.* Conf. Auctor. *th. praeced. in fin.*

IN STIRPES] Scilicet respectu fratrum liberorum. Nam adscendentes hoc casu adhuc in capita succedunt, non in lineas, v. g. Titius moritur, relinquit avum paternum, aviam & avum maternos, fratrem & ex altero fratre tres nepotes, seu tres alterius fratris liberos, portiones quinque sunt, quarum 1. accipit avus maternus, 2. avia materna, 3. avus maternus, 4. frater 5. alterius fratris tres liberi.

IDEM EST SI DEFUNCTORUM] Idem est non solum in eo, quod fratrum liberi, si soli sint, admittantur cum adscendentibus, contra quam opinati sunt Borcholt, Suthols, Cujacius &c. Sed & ratione modi succedendi. Nam & ipsi in stirpes succedunt, parentes autem in capita, non lineas, uti putavit Forsterus. *Dn. Stryk. d. l. §. 28. 29.*

AB ADSCENDENTIBUS EXCLUDUNTUR, QUI EX TRANSVERSO] Etiam remotioribus. *Adde Carpz. P. III. cap. 17. d. 6. & 7. Dn. Stryk. d. c. 3. art. 3. §. 3.*

EX FACTO CONSULTI] Nescio, an regula, quod debilior praesumatur prius mori, & decisiones casuum [apud Doctores ab Auctore citatos, quibus adde omnino Finckelth. *obs. 51.* & Dn. Stryk. *d. c. 3. art. 1. §. 5.*] recte applicentur ad casum praesentem, nisi & hic illa praesupponatur circumstantia, quod vel simul, & uno momento quasi, a duobus carnificibus laqueo sint suffocati, vel quod, propter loci distantiam, aut alias qualitates, probari nequeat, quisnam prior suspensus fuerit. Nam si mater post filium, etiam brevissimo temporis spatio, suspensa fuerit, deque eo constat, tunc ista regula hic locum habere non videtur, quia moribus nostris scimus, carnifices statim simul cervicem frangere, ut adeo non sit praesumendum, ejusmodi suspensum per paucissima temporis momenta vivere.

Parentes adoptivi quat. filiis adoptivis succedant.

XXV. Parentes adoptivi extranei, non succedunt filio adoptato. *§. 2. ubi Dd. Inst. de adopt.* Sed ii, qui in potestate habuerunt. *§. 2. ubi Dd. Inst. de adopt. §. 2. Inst. de adq. per adrog.* Arrogatores filiis arrogatis puberibus, una cum fratribus germanis, in capita. *d. §. 2. Inst. d. adquis. per arrog.* Illegitimi Parentes eodem modo liberis, quo his liberi. *Nov. 89. Quod & in legitimatis custoditur.*

AD THES. XXV.

PARENTES ADOPTIVI] Dn. Stryk. *d. c. 3. art. 1. §. 31. - 34.*
ILLEGITIMI] Dn. Stryk. *§. 35. 36. 37.*
LEGITIMATIS] Dn. Stryk. *§. 38. 39. 40.*

XXVI.

XXVI. His quoque non exstantibus, vocatur tertius ordo collateralium, *servata graduum prærogativa, fratres, sorores, eorumque liberi: Patruus, avunculus, amita, matertera &c. l. 10. §. 8. ff. de grad.* In quo fratres, vel sorores utrinque conjuncti soli, exclusis, uterinis & consanguineis. *auth. itaque C. comm. de success. Nov. 118. c. 3.* succedunt in capita *sine distinctione bonorum, paterna an materna sint. d. auth. itaque C. comm. success.* cum prædefunctorum fratrum liberis, in stirpes. *auth. cessante. C. de. leg. her. Nov. 118. c. 3. Quia liberi fratrum non suo; sed Parentum jure succedunt, eorumque personam repræsentant. Iure Saxonico fratres excludunt fratrum liberos.* Landr. *1. 17. & 2. 20.* Quod si fratrum, vel sororum liberi soli exstent, fit successio in capita, *quia non repræsentationis: sed proprio jure veniunt, instar descendentium. Exclusis defuncti patruo, amita, avunculo, matertera, quamvis eodem gradu constitutis, Nov. 118. c. 3. in f. Auth post fratres, ubi Salic. n. 2. C. de legit. her. Sed Iure Sax. cum filiis fratrum admittuntur personæ istæ, propter paritatem gradus. Coler. p. 1. decis. 48. n. 13. Quapropter, hoc jure, cum nepotibus quoque ex fratre vel sorore concurrent patrueles vel consobrini, hoc est, patrui, avunculi, amitæ, materteræ liberi, ob paritatem gradus. Dn. Carpz. de arb. cons. disp. 2. th. XI. Exclusis fratribus unilateris. Quos tamen jus Sax. admittit, quia secundum Saxonicam computationem sunt pari gradu.* Landr. *lib. 2. artic. 20. sub fin. vers.* ungezweyter Brüder. *Coler. p. 1. decis. 49. n. 22. Pingiz. q. 15. Const. Elect. 18. p. 3. §.* wenn aber ein halber 2c. *Hæc autem juris civil. exclusio unilaterum, quæ fit per fratres germanos, ad horum germanorum nepotes non est extendenda, quippe quibus jus repræsentandi non est datum. Berlich. p. 3. concl. 24. n. 61. Et ita responderunt Domini Scabini Lips. Mense Iunio, anno 1640. ap. Carpz. de Arb. cons. disp. 2. th. XI. num. 114.*

Tertius ordo collateralium.

Si fratrum vel sororum liberi exstant soli, fit successio in capita & quare?

Germanorum fratrum nepotes unilateres non excludunt. Et quare?

AD THES. XXVI.

SINE DISTINCTIONE BONORUM] Nulla hic subest ratio dubitandi, quia fratres germani, & a patre, & a matre conjuncti sunt. De Jure Saxonico tamen etiam diversitas rerum utensilium, seu Geradæ, & expeditoriarum consideratur, ita ut fratres has, sorores illas præcipiant, imo & fratres

consanguineus, respectu expeditoriarum, & soror uterina, respectu geradæ, cum fratre & sorore, germanis, concurrant. *Dn. Stryk. c. 4. art. 3. §. 1.*

REPRÆSENTANT] Et sine ratione dissentit Hottomannus, cui respondet Dn. Stryk. *c. 4. art. 1.* [redacted] *4.*

JURE SAXONICO] Adde Dn. Stryk. *d. c. 4. art. 3. §. 2.* nisi in feudis *ibidem* *§. 3.*

FIT SUCCESSIO IN CAPITA] Idque expresse definitur im R. A. zu Speyer *de an. 1529. §. Item* als bißher. *zc.* Hanc vero sententiam convenire dispositioni Juris civilis, perspicue post Bachov. *ad Treutl. Vol. II. disp. 16. th. 5. lit. B.* ostendit Dn. Stryk. *d. l. §. 5. 6. 7.*

EXCLUSIS DEFUNCTI PATRUO] Et tunc quoque in capita succedunt, non in stirpes. *Dn. Stryk. d. l. §. 9. & 11.*

JURE SAXON. CUM FILIIS] *Dn. Stryk. d. c. 4. art. 3. §. 4.* Aliud in Electoratu, ubi observatur jus civile *P. III. const. 18.*

HOC JURE] Imo & Jure civili. *Dn. Stryk. d. l. §. 10.*

EXCLUSIS FRATRIBUS UNILATERIS] De jure civili fratres unilaterales excluduntur tam a fratribus germanis, quam ab eorum liberis. *Dn. Stryk. d. l. §. 9. 12. & 13.*

QUOS TAMEN JUS SAXON. ADMITTIT] Intellige, quod Jus Saxonicum eos admittat cum fratrum germanorum liberis, non cum fratribus germanis ipsis.

SECUNDUM SAXONICAM COMPUTATIONEM] Jus Saxon. eum, qui uno latere conjunctus est, semper computat uno gradu remotiorem eo, qui duplici vinculo jungitur. *Dn. Stryk. d. c. 4. art. 3. §. 5.* inde est, quod de Jure Saxonico Patruus defuncti germanus, i. e. patris defuncti frater germanus excludat fratris unilateralis liberos, quod de Jure civili secus est. *Dn. Stryk. d. c. 4. art. 3. §. 6. & art. 1. §. 15.*

Post fratres germanos eorumque liberos succedunt fratres & sorores unilat.

XXVII. Post hos, fratres & sorores ab uno latere conjuncti & eorum liberi, *ubi soli*, in capita, *cum prædefunctorum fratrum liberis in stirpes. auth. post. fratres. C. de leg. her. Secus jure Sax. communi: quo excluduntur fratrum liberi. At jus Electorale convenit civili const. 18. §.* Wann aber ein halber *zc.* in omnia defuncti bona, sive ea paterna sint, sive materna.

AD THES. XXVII.

SECUS JURE SAXON. COMMUNI, QUO EXCLUDUNTUR FRATRUM LIBERI.] Scilicet a fratribus unilateralibus excluduntur fratrum unilateralium liberi per dict. §. 26.

AT

Digitized by Google

AT JUS ELECTORALE] Imo non convenit, quia d. L. alius plane casus continetur, scil. germanorum fratrum liberos admitti cum fratribus unilateralibus. Qui casus a jure Saxonico communi non differt. Differt tamen omnino a jure civili, utpote quo fratrum germanorum liberi excludunt collaterales. *Vid. not. ad thes. anteced. verbis: exclusis fratribus, &c. quos tamen Jus Saxonicum.* In eo potius discrepantia est: An fratres unilaterales patruum germanum excludant? Affirmatur quæstio de jure Sax. Elect. per dicta *P. III const. 18.* Sed an idem extra Electoratum Saxoniæ de Jure Saxonico communi obtineat, quæritur. Negat Berlichius *P. III. concl. 24. n. 76. 77.* Affirmat Dn. Carpz. *P. III. const. 18. d. 15.* Mihi placet opinio Berlichii, qui rationibus Carpzovii singulis respondet, his vero responsionibus nihil regeritur a Carpzov. quamvis Berlichium citet. Non enim sequitur, æqua est decisio Juris Saxon. Electoralis, ergo etiam extra Electoratum recepta. Idem falsum est, quod affertur, proximitatem sanguinis in fratre unilaterali esse considerandam. Nam cur non & fratres unilaterales excludunt fratrum bilateralium liberos? Sane eadem adest æquitas, eadem proximitas sanguinis, & tamen, uti modo dictum, utroque jure, & communi, & Electorali, admittuntur fratrum germanorum liberi cum patre unilaterali. Potius ergo probanda erit Juris Electoralis extra Electoratum receptio, quam ut sententiæ Berlichianæ probatio incumbat.

SIVE EA PATERNA SINT] Imo si unilaterales diversi generis concurrant, distinctio bonorum paternorum & maternorum observanda. *Carpz. P. III. c. 14. d. 1.* quam sententiam contra Bachovium defendit Dn. Stryk. *cap. 4. art. 1. §. 16. 17.* quod & in eorum liberis observat praxis, non tamen ultra. *Dn. Stryk. §. 18.* Jure Saxon. autem distinctio hæc bonorum non observatur, *d. P. III. c. 14. Dn. Stryk. c. 4. art. 3 §. 8.*

XXVIII. Fratres legitimati per subsequens matrimonium eodem modo: adoptivi sibi non aliter succedunt, quam si ab adscendente adoptati, aut si arrogati. Naturales, si ex diversis concubinis, eodem autem Patre, nati sint, non succedunt sibi invicem: Sin ex eadem concubina, secus est, *sive soli, sive cum legitimis & naturalibus concurrant. l. 2. §. 4. ff. unde cogn. Forst. lib. 8. c. 10. & 11.* Spurii ex eadem matre nati, sibi mutuo. *l. 2. §. 4. ff. unde cogn.* Incestuosi & similes plane sibi non succedunt.

AD THES. XXIIX.

LEGITIMATI PER SUBSEQUENS MATRIMONIUM] Sed quid si legiti-

gitimati per Rescriptum Principis? *Dn. Stryk. d. c. 4. art. 1. §. 31.*

ADOPTIVI] *Dn. Stryk. d. l. §. 23. 24. 25.*

NATURALES] De naturalibus & spuriis Dn. Stryk. §. 26. 27. 28.

INCESTUOSI] Responsionem ad dissentientium opinionem, qui putant eos succedere, instar spuriorum, pete a Dn. Stryk. §. 29.

Post fratres germanos & unilat. admittuntur reliqui cognati, sine praerogativa.

XXIX. Tandem reliqui cognati proximi *absque ullo sexus & cognationis discrimine. Nov. 118. c. 3. juxta gradus praerogativam, ut propiores, excludant remotiores, sive uno, sive duplici vinculo sint conjuncti. Nam ultra fratres eorumque liberos duplicitas vinculi non attenditur, nec repraesentatio locum habet: sed omnes pariter in capita admittuntur. d. auth. post fratres. C. de leg. her. Etiam ultra decimum gradum, in infinitum arg. d. Nov. c. 3. in fin. §. 3. Inst. de leg. agn. succ.*

AD THES. XXIX.

DUPLICITAS VINCULI NON ATTENDITUR] Vid. Dn. Stryk. d. §. 19. Secus de jure Saxon. ubi semper descendentes ex uno latere in gradum remotiorem transferuntur, ut ita cum germani pronepote concurrat uterini nepos, & ita deinceps. *Vid. omnino Berl. P. III. conclus. 24. n. 9. seq. Carpz. P. III. c. 18. d. 21. n. 5.*

SED OMNES PARITER IN CAPITA] Excipitur tamen iste casus, si consobrinus ex patre & matre [i. e. natus ex duobus fratribus & sororibus sibi invicem junctis] cum consobrino, qui ex uno tantum patre ipsi defuncto conjunctus concurrat. *Carpz. P. III. c. 18. d. 16. Dn. Stryk. d. c. 4. art. 1. §. 20.*

IN INFINITUM] Dissentit cum aliis Dn. Carpz. *P. III. c. 18. d. ult. n. 5.* Sed ei respondet Dn. Stryk. *d. l. §. 21. 22.* De jure Saxonico successionem collateralium finiri septimo gradu dicit Landr. *l. 1. art. 3.* Sed tamen aliter computari ibi gradus, quam de jure civili, in aperto est. Communis explicatio eo tendit, quasi idem dispositum hic esset, quod de Jure Civili veteri, scilicet finiri successionem collateralium gradu decimo. Ita glossa ad textum Latinum *d. art. 3. verb: Isti primum gradum*, quam sequuntur communiter Dd. *Vid. Schneidew. ad pr. Inst. de haered. quae ab int. defer. in tert. ord. succed. n. 39. Carpz. d. def. ult. n. 3.* Quae opinio ortum trahit ex male intellecto gradu primo, quem ibi ponit Jus

Saxon. Ungetweyeder Broder Kint bestad an deme lede / dar de Schulder und arm to samende gaet. Also doet der suster Kindere. Dit is de erste Sibbetale / de men to tugen erkent / Broder Kint und suster Kint x. Quæ verba ita expressit versio Latina: *Indistinctorum fratrum filii in membro annexionis brachii & corporis ad juncturas scapularum reponuntur. Hic primum gradum cognationis constituimus, in quo sunt fratrum sororumve liberi, qui & nepotes appellantur* (scil. non inter se, ut patrueles, sed respectu patrui, cujus sunt ex fratre nepotes) versio Germanica. Ungezweyeter Brüder Kinder die stehen an dem Glied / da die Schultern und Arm zusammen kommen. Also thun auch zweer Schwester Kinder / [male secundum explicationem mediam Schüreri zweer Schwester Kinder / sed potius der Schwester Kinder i. e. respectu avunculi] Putat ergo glossa gradum primum poni ibidem in patruelibus, secundum in horum liberis, tertium in nepotibus &c. Et cum patrueles de Jure civili sint in quarto gradu *l. JCtus 10. §. 4to gradu 15. ff. de gradibus*, non poterunt non accedere septem gradibus tres, ita, ut septimus Juris Saxonici sit decimus Juris civilis. Sed erronea est hæc opinio, juxta versionem latinam, ubi fratrum liberi eo respectu sunt gradus primus, quatenus nepotes dicuntur, hoc est respectu patrui. Jam vero patruus & fratris filius sunt de Iure Civili in gradu tertio *d. l. 10. §. 14. ff. de gradibus*, & consequenter meta, seu gradus septimus Iuris Saxonici, secundum computationem Iuris civilis erit in gradu, non decimo, sed nono. Hæc videtur esse opinio Ambrosii Schüreri *de success. ab intest. tit. 14. rubr. de Jure Sax. n. 1. p. m.* 119. quamvis paululum obscure loquatur. Mihi tertia placet opinio, scil. in dicto Articulo magis ad computationem Canonicam fieri respectum, quam ad Civilem, adeoque duorum fratrum liberos poni quidem in eodem primo gradu inter se, sed ita etiam horum nepotes inter se in secundo gradu, & ita deinceps, quod innuunt verba *d. art. 3.* die zwischen dem Nagel und dem Haupt. it. ob nun wol der Babst x. ubi comparatio fit gradus quinti Canonici, cum gradu septimo Saxonico. In hoc tamen est differentia, quod Iure Canonico Fratrum liberi sint in secundo gradu, qui hic ponuntur in primo. Ergo ut paucis me expediam, Iuxta articulum dictum terminatur successio collateralium in gradu octavo lineæ collateralis æqualis secundum computationem canonicam, in gradu 16to, secundum computationem civilem.

Ad meliorem declarationem præcedentis notæ esto Schema sequens secundum mentem Iuris Saxonici.

CA - Maritus & Vxor - PUT.

COL - Horum filii, filiæ. - LUM.

Gr. 1. Fratrum filii.	IVNCTVRA BRACHIORVM CVM SCAPVLIS.	Sororum filii. Gr. 1.
Gr. 2. Fratrum nepotes.	CVBITVS.	Sororum nepotes. Gr. 2.
Gr. 3. Fratrum pronepot.	NEXVS MANVS AD BRACHIVM.	Sororum pronepot. Gr. 3.
Gr. 4. Fratrum abnepot.	PRIMVS ARTICVLVS DIGITI MEDII.	Sororum abnepot. Gr. 4.
Gr. 5. Fratrum atnepot.	SECVNDVS ARTICVLVS.	Sororum atnepot. Gr. 5.
Gr. 6. Fratrum trinepot.	TERTIVS ARTICVLVS.	Sororum trinepot. Gr. 6.
Gr. 7. Fratrum quadrinepot. seu generali nomine posteri.	VNGVIS.	Sororum quadrinepot. Gr. 7. seu generali nomine posteri.

Ex ratione civili ad quosnam successio ab intestato spectat?

XXX. Ex ratione civili hereditas pertinet ad conjuges, *si nec parentes, nec liberi, nec cognati adsint. l. un ff. unde V. & U. l. un. §. eod. Quo nomine veniunt sponsus & sponsa. arg. l. 4. ff. de fundo dot. l. 5. C. de bon. quæ lib.* * *Nisi mulier intra annum luctus nupserit. l. 1. l. 2. de sec. nupt. Sed hodie, si tres vel pauciores sint, liberi, succedit uxor marito in quartam partem usufructus: sin plures, in virilem. Si non exstant liberi, in quartam virilem,* ple-

pleno jure auth. praeterea C. unde V. & U. Nov. 117. c. 5. Eadem ratio & in marito est. Nov. 53. c. 6. §. fin. * *Sed hac successio non aliter locum habet, quam si matrimonium sine dote aut donatione propter nuptias fuerit, & defunctus conjux, locuples; superstes inops, d. auth. praeterea.*

AD THES. XXX.

PERTINET AD CONJUGES] *Adde Dn. Stryk. c. 5. art. 1. tb. 34. - 11.*

SPONSUS ET SPONSA] Scilicet de praesenti, nam hi a marito & uxore jure civili non differunt. Vid. Dn. Stryk. *d. l. §. 6.* Aliud de Jure Saxon. quo conjuges demum post conscensionem thalami sibi succedunt. Dn. Struv. *exerc. 38. th. 41.*

SED HODIE] Hodie tamen adhuc conjuges, si, deficientibus collateralibus, succedere velint sibi invicem, Praetorio beneficio ex edicto unde vir & uxor opus habent. Dn. Stryk. *d. l. §. 3.*

SI TRES VEL PAUCIORES] Adde Dn. Stryk. *d. l. §. 13. - §. 38.*

IN QVARTAM VIRILEM] Non in quartam simpliciter, nam si concurrat cum ascendentibus, aut collateralibus, quatuor, aut ultra, non quartam, sed virilem portionem accipit. Dn. Stryk. *d. l. §. 36.*

PLENO JURE] Etiamsi cum adscendentibus concurrat. *Dn. Stryk. d. l. §. 35.*

XXXI. *Jure Sax. Viduæ quarta pars ex bonis mariti debetur ind. stincte, inops maritus fuerit, nec ne; si quidem liberi tres vel pauciores: Sin plures, virilis portio. In Electoratu autem, si liberi existant, quarta: sin, tertia omnium bonorum. Nov. Aug. p. 3. const. 20. collatis tamen utroque casu bonis suis, excepto mundo muliebri, & utensilibus. Ut tamen optio ei sit, utrum dotem repetere, an, collata ea, portionem Saxonicam capere malit. Maritus autem uxori succedit in universis mobilibus, excepta gerada. Salva tamen liberorum legitima. Immobilia uxor transmittit ad heredes. Caeterum ex facto quæsitum in auditorio nostro memini, die XI. Decembr. 1655. An mulier, quæ per contractum omnia immobilia in virum contulerat, & pactis dotalibus caverat,* daß dem Manne alle dasjenige bleiben solle, was ihm nach Sachsenrecht gebühret. (*omnia marito relictum iri, quæ jure Sax. ei deferantur*) *de mobilibus testari potuerit? Videbatur affirmandum. Quia in casu, ubi non sunt alia bona, de mobilibus testari mulier potest. Berlich. concl. 9. p. 3. q. 15. Et quamvis caverat, se nihil in fraudem juris Sax. factu-*

Jure Saxon. viduæ ex bonis mariti indistincte quarta pars debetur.

Secus in Electoratu.

Maritus succedit uxori in universis mobilibus.

ctuream: Tamen hac clausula ex jure comm. Saxonico erat interpretanda ita, ne facultas testandi mulieri auferretur. Sed contrarium est responsum. Uxor autem viri nobilis accipit Geradam, Morgengabam, Mustheil, & Leibgedinge. Morgengabe, *vel ut in LL. Burgundionum*, Morgengeba, *corrupte in jure feudali*, Morganatica, *2. Feud. 29. vel* Morgenheba. *Papia definitur quarta pars lege Longobardorum. Id habetur lib. 2. LL. Langob. tit. 4. leg. 1. & t. 4. leg. 1. & Gregorio Turonensi vertitur, matutinale donum, lib. 9. c. 20. Glossa* Weichbild *artic. 22. describit:* Morgengabe ist eine solche Gabe/ die ein ieglich Mann von Rittersart seinem Weibe gibt des Morgens/ als wenn er mit ihr zu Tische gehet. *Hanc discernunt ab illa, quæ, mortuo marito, uxori ex bonis defuncti debetur, Interpretes Saxonici: Sed præter causam. Ab antiquo maritum donasse uxori, contractis nuptiis, ex Tacito liquet. Ibi: Dotem uxori maritus offert, boves & frenatum equum, & scutum cum framea gladioque. Fuit hæc omnium Germanorum consuetudo, ut ex historico patet. Et hæc quidem donatio traditione statim poterat perfici: Sed poterat & promitti, ut mortuo marito, uxor demum adquireret, ut ex LL. Longobardorum, Ripuariorum, Burgundionum videre est. Ea autem ita a marito definita, nihil quidem hoc nomine amplius poterat peti: Sed ea non definita, post mortem consistebat in quarta parte hereditatis: Jure autem Saxonico hoc casu res certa per legem definita, quæ in hunc censum referrentur. Non audiendum ergo puto H. Grotium, 2. 7. 8. qui matrimonium ad Morgengabicam comparat conjugio, quale erat Abrahami cum Ketbura, & concubinatui Hebræorum, ex quo liberis tantum dona seu legata quædam dabantur.* De Leibgeding, *quod vulgo Dotalitium appellatur, quæritur, an agnati obligentur ad illud constituendum, si nulla viventi marito dote promissa, mulier illam, post mortem ejus, constituere & solvere polliceatur? Affirmat Curia Provincialis; Negat Scabinatus Lips. Carpz. lib. 6. Resp. 56. cujus sententia, Electoralis Senatus, secundarum instantiarum, præjudicio superior est. Et ita novissime controversiam decidit Elect. Sax. decis. 55.*

Uxor viri nobilis accipit Geradam, Morgengabam, Mustheil & Leibgedinge.

Matrimonium ad Morgengabicam quid?

Dotalitium.

AD

AD THES. XXXI.

INDISTINCTE INOPS MARITUS] De successione conjugum secundum Jus Saxonicum commune maxime variarunt Dd. opiniones & Collegiorum responsa, quæ recenset Berlich. *P. III. concl. 27. n. 1. seq.* Ubi tamen *n. 13. seq.* ostendit, nihil diversum a jure civili de Jure Saxonico esse dispositum, sed easdem decisiones hic obtinere, adeoque etiam omnino & hic inopia cæteraque Juris civilis requisita attendenda esse. Conf. Carpz. *P. III. c. 20. d. 25. n. 9.* De jure vero Electorali inopia viventis ut adsit, non requiritur. *Carpz. ibid. def. 17. Dn. Stryk. cap. 5. art. 3. §. 10.*

IN ELECTORATU AUTEM] Circa successionem viduæ in bonis mariti, secundum dispositionem Juris Electoralis maxime controversa est successio viduæ pastoralis, respectu annonæ gratiosæ (des halben Gnaden-Jahrs) circa quam tres sunt sententiæ. 1) Consistorii Electoralis Lipsiensis semissem viduæ, semissem reliquis hæredibus tribuentis, quam defendit Finckelth. *de Jurepatron. c. 6. n. 99. seqq.* (2) Consistorii supremi Dresdensis: viduam debere accipere trientem *Vid. Carpz. Jurispr. Eccles. lib. 1. def. 212.* (3) Dn. Scabin. Lips. portionem virilem viduæ assignantium, quam defendit Carpz. *P. II. c. 5. d. 12. & l. 6. Resp. 41.* ubi reliquis duabus respondet. Sed Finckelthusii tamen opinionem novissime defendere, Carpzoviique responso satisfacere tentavit Dn. Stryk. *disput. de anno gratiæ c. 6. n. 4. seqq.* Ego subsisto, hujusque controversiæ ventilationem in aliud tempus differo.

EXCEPTO MUNDO MULIEBRI ET UTENSILIBUS] Imo hæc non excipiuntur, sed potius uxor expresse conferre jubetur *d. P. III. const. 10. verbis:* zusammt der Gerade. Vid. omnino Carpz. *ibid. def. 27. Dn. Stryk. d. §. 10.*

UTRUM DOTEM REPETERE] Et cum dote omnia illata, etiam dimidia dona nuptialia, quæ post mortem mariti adhuc extant *P. III. const. 22.* Quodsi dona nuptialia a marito consumta fuerint, an uxor æstimationem suæ partis dimidiæ petere valeat, quæsitum est? Affirmarunt Dn. Scabini Lipsienses, & cum iis Carpz. *d. P. III. const. 22. def. 6.* Negavit, nisi in certis casibus exceptis, Facultas Juridica Lips. & Finckelt. *obs. 65.* quorum opinionem approbavit Serenissimus *decis. noviss. 51.*

MARITVS AVTEM VXORI] Adde Dn. Stryk. *d. l. §. 1. §. 10.*

EXCEPTA GERADA] Scil. de Jure Saxon. communi, aliud receptum statutis quarundam civitatum, uti v. g. Lipsiensi statuto anno 1672. promulgato; cujus tenorem vide in novissima editione observationum Practicarum Finckelthusii *obs. 51. p. m. 611.*

SED CONTRARIUM EST RESPONSUM] Scil. ideo, quia falsa est Berlichii hypothesis, quod uxor, ubi non sunt alia bona, de mobilibus testari possit, quam refutat Carpz. *P. III. const. 7. def. 4. & 5. Conf. Dn. Struv. exerc. 28. th. 44.*

GERADAM, MORGENGABAM, Mußtheil et Leibgedinge] De successione viduæ nobilis in dictis portionibus hæreditariis late tractatur *P. II. const. provinc. 33. 34. 36. 37. ibique videatur Carpzovius.*

CORRUPTE IN JURE FEUDALI MORGANATICA] Videtur mens Auctoris ea esse, quasi Morgengabæ in antiquorum nuptiis dari solita, & matrimonium ad morganaticam sint unum & idem. Verum hoc matrimonium videtur originem traxisse a morgengaba Longobardorum *vid. Myl. ab Ehrenbach Gamol. c. 6. §. 8.* inque eo, quod hic donum aliquod datur, cum convenit, sed in aliis tamen, & maxime, quod sit inter virum nobilem & fœminam minori nobilitate gaudentem *d. 2. F. 29.* a matrimoniis istis cum Morgengabæ datione celebrari solitis differt.

HANC DISCERNUNT AB ILLA] Imo Magnif. Dn. Ziegl. ad *Grot. l. 2. c. 7. §. 8. p. m. 306.* tria genera Morgengabæ recenset (1.) eam, quam maritus novæ nuptæ in præmium amissæ virginitatis donat, de qua videtur loqui glossa Weichbild (2.) quam uxores defuncti mariti bonis capit (3.) Morgengabam a Longobardis in pactis dotalibus constitutam. Et sane quamvis duæ posteriores per tradita ab Auctore non differant, differet tamen adhuc prima illa a reliquis.

NON AUDIENDUM ERGO PUTO H. GROTIUM] Faciunt cum Auctore Magnif. Dn. Ziegl. *d. l. p. 307.* & qui eum, pro more, pede presso sequitur Dn. Osiander *ibid.* Sed videtur tamen excusari posse Grotius, si dicas: eum non comparationem omnimodam voluisse instituere, sed aliqualem saltem in eo consistentem, partim quod utrinque uxor adsit secundaria stylo Dn. Puffendorffii *de I. N. & G. l. 6. c. 1. §. 24.* partim quod utrinque liberi ex ejusmodi conjugio geniti deterioris sint conditionis præ aliis liberis, quæ ad similitudinem sufficiunt. *Adde Myler. d. l. §. 22.* Cæterum quod obiter dictum sit, conjugia ad Morganaticam & his similia, non pugnare cum jure naturali, aut divino, late ostendit Myler. *d. l. §. 16. usque ad 30.* Conf. Dn. Ziegl. *d. l.* Et quamvis contrarium demonstrare intenderit A. R. P. II. *in discursu Germanico de hac materia hoc anno Dresdæ edito*, magis tamen dubia, quæ movet, jucunda sunt, atque per seria studia fessis delectationem pariunt, quam ut animo vel leviter juris naturalis, & divini, scientia imbuto, scrupulum ullum injicere valeant.

DE

DE LEIBGEDINGE] De dotalitio vide plures quæstiones apud Dn. Stryk. *d. l. c. 5. art. 1. & 7. seqq.*

SI NULLA VIVENTI MARITO DOTE PROMISSA] Aliud ergo est, si certa dos marito viventi promissa, quamvis uxor eam, vivo marito, haud numeraverit, si tamen post mortem eam cum usuris offerat, successores feudi dotalitium tenentur constituere. Carpz. *P. II. c. 44. d. 11. Struv. syntag. Jur. feud. c. 14. aph. 5. n. 4.* Dissentit Dn. Stryk. *d. c. 5. aph. 2. §. 11.* qui assertionem istam tantum respectu descendentium putat procedere, non respectu agnatorum. Sed opinio prior etiam *d. decis. noviss. 55.* simul fuit confirmata, ad quam conf. *Philipp. observ. 2.*

XXXII. Itemque ad Collegas; *mortuo decurione sine liberis, parentibus, collateralibus, uxore, hereditas ad curiam. l. 4. C. de hered. decur. mortuo naviculario, ad corpus navicul. l. 1. C. d. t. cohortali, ad corpus cohortalium. l. 3. C. eod. fabricensi ad corpus fabric. l. 5. C. eod. milite ad legionem suam. l. 6. §. 7. in fin. ff. de inj. rupt. irr. l. 2. C. d. t. Ecclesiastici, vel monachi ad Ecclesiam, vel monasterium. l. 20. C. de Episc. & Cler. & auth. ingressi C. de SS. Eccles.* Et denique fiscum pertinet *ultimo loco. l. 1. l. 4. C. de bon. vac. l. 1 & 2. ff. C. de J. Fisc. & l. 1. in pr. ff. de Succ. Ed. Exclusis adfinibus. l. 2. l. 4. C. comm. de Succ. Nutritoribus. l. 10. C. eod. & tutoribus, arg. d. l. 10.* * *Qui vere & proprie heres dicitur. arg. l. 114. §. 2. ff. de leg. 1. & Nov. 1. c. 1. Ut & legata & fideicommissa præstare teneatur. Fach. 6. 22. Quamvis bona intra quadriennium agnoscere teneatur. d. l. 1. §. 1. π. de J. Fisc.* * *Interdum tamen fiscus & cognatos excludit, puta damnatos Majestatis: sed in hereditate tantum paterna: Non solum materna & similibus fortasse, quas filiis rebellium delatas ad proximiores cognatos pertinere æquum videtur. Denique cum leges successionum admodum varient, singulis fere municipiis suas sibi jus habentibus; ambigitur inter JCtos Saxonicos, an in bonis immobilibus succedatur, secundum statuta loci, in quo sita sunt, ubicunque loterum defunctus domicilium habuerit. Affirmant JCti Scabini Lips. teste Magnif. Dn. Carpz. lib. 6. Resp. 39. Negasse Dnn. Academicos ibidem ostendit responsum ap. eundem Carpz. d. lo. quod dederunt anno 1641. Cum tamen triennio ante civi cuidam Erphurdiensi secundum affirmantium partes respondissent, quod præjudicium Dn. Richterus exhi-*

Pertinet nonnunquam hereditas ab intestato ad collegas.

Fiscus vere & proprie heres dicitur.

Interdum fiscus cognatos excludit.

An in bonis immobilibus succedatur secundum statuta loci, in quo sita?

bibet proœmio tractatus de successf. ab intestato p. 6. editionis prioris n. 18. Quidquid sit, affirmativa communis & vera est, quam servat & noster Scabinatus. Coler. p. 1. c. 3. n. 243. Et Dnn. Witebergenses. Rauchb. p. 1. q. 17. n. 11. Et ita decisum est ab Electore Saxoniæ decis. 55.

AD THES. XXXII.

ITEMQVE AD COLLEGAS] Adde Dn. Stryk. *d. l. c. 6. art. 1. §. 30.-37.*

DENIQVE FISCUM] Dn. Stryk. *d. c. 6. art. 1. per integr.*

ET TUTORIBUS] Dissentientibus respondet Dn. Stryk. *d. l. §. 39.*

VERE ET PROPRIE HÆRES DICITUR] Iterum vid. Dn. Stryk. §. 47. 48. ubi respondet ad contraria.

INTRA QVADRIENNIUM] Absque distinctione an ei annunciata sint, an non, Dn. Stryk. §. 53. 54.

Bonorum possessio quid?

Bonorum possessor effectus ad persequendum patrimonium vel rem defuncti, actionem; ad retinendum, exceptionem habet.

Bon. possessio Iure Iustin. quoque utilis est.

XXXIII. Secundus per universitatem adquirendi modus est Bonorum possessio. §. *fin. Inst. per quas perf.* ἡ πραιτωρία Διαδοχὴ, ἡ Διακατοχὴ, quæ est jus. *l. 119 de V. S.* persequendi, *si alii possident, possessoria hereditatis petitione. l. 2. π. de poss. her. per. Et interdicto: Quorum Bonorum. l. 1. §. 1. π. Quor. bon.* & retinendi, *quod ipsi possidemus, per exceptionem*, patrimonii, vel rei, quæ cujusque, cum moreretur, fuit. *l. 1. l. 3. ff. h. t. Ejus edicti hæc clausula refertur l. 1. π. Ut ex Leg. UTI. ME. QVAQ. LEGE. SENATUSCONSULTO. BONORUM. POSSESSIONEM. DARE. OPORTEBIT. ITA. DABO. Junge Paulum. in l. 3. ff. Unde legit.* Et hodie quoque utilis, *cum & iis competat, qui jure civili ad hereditatem vocantur. pr. Inst. de bon. poss.* quandoque & necessaria, *uti unde vir & uxor, extraordinaria, ac decretales. Itemque jus, quod adita jure civili hereditas, tribuit: Etiam dominium verum & directum. Non ipso quidem jure: sed mediate, petita & accepta bonor. possess.*

AD THES. XXXIII.

QVANDOQVE ET NECESSARIA] Adde Dn. Stryk. *d. l. cap. 11 §. 22. 23.*

B. possessori dominium verum & directum tribuit.

XXXIV. Dividitur in edictalem & decretalem. *l. 1. §. 4. in fin. ff. Si tab. test. null. l. 30. §. 1. in fin. de A. vel O. her. l. 1. §. 7. π. de Succ. Ed.* Illa ex edicto Prætorio, sine causæ cognitione, de plano

no tribuitur, *nec tribunal desiderat.* Hæc ex decreto, cum causæ cognitione, pro tribunali. *l. 2. §. 1. π. Quis ord. in bon. poss. l. 3. §. 8. ff. h. t. Quamvis ex accidenti accedere causa cognitio possit, propter contradictionem alterius. arg. d. l. 3. §. 8. π. h. t. & contra, ubi regulariter requiritur, omitti interdum. arg. l. 1. §. 14. & 16. & l. 7. §. 1. π. de Vent. in poss. mit. l. 1. pr. l. 3. §. 4. de Carb. ed.* Quo sensu? Bonorum possessio est vel edictalis vel decretalis. Vtraque describitur.

XXXV. Edictalis, vel ordinaria est. *§. 2. in fin. Inst. h. t. l. 3. § fin. π. de Carb. ed. quæ ex certa edicti parte, certoque ordine defertur: 1. π. Quis or. in bon. poss.* Et quidem ex testamento, secundum tabulas, quæ secundum testatoris voluntatem omnibus jure scriptis, vel nuncupatis heredibus defertur. *l. 1. §. 1. π. d. t. Caput hujus Edicti profert Cic. lib. 3. in Verr. SI. DE. HEREDITATE. AMBIGITUR. ET. TABULÆ. TESTAMENTI. OBSIGNATÆ. NON. MINUS. MULTIS. SIGNIS. QUAM. E. LEGE. OPORTEAT. AD. ME. PROFERENTUR. SECUNDUM. TABB. TESTAMENTI. POTISSIMUM. HEREDITATEM. DABO. SI. TABULÆ. TESTAMENTI. NON. PROFERENTUR. TUM. PROXIMUM. QUEMQUE. POTISSIMUM. HEREDEM. ESSE. OPORTERET. SI. IS. INTESTATO. MORTUUS. ESSET. ITA. SECUNDUM. EUM. POSSESSIONEM. DABO. Junge Julianum. l. 1. & 4. ff. Unde legit.* Contra tabulas, quæ datur liberis præteritis. *d. §. 1. Inst. h. t. l. pr. & §. 2. π. de Bonor. poss. cont. tab. tam suis, quam emancipatis. §. 12. Inst. de her. quæ ab int. l. 15. ff. de leg. præst.* Non exheredatis. *d. l. 1. π. d. t. Effectus hujus est in suis, ut testamentum nullum declaretur etiam jure Prætorio. In emancipatis vero, ut testamentum rescindatur, etiam quoad legata, & mortis causa donationes. l. 8. §. pen. ff. de inoff. test.* Edictalis iterum vel ordinaria. Cur sic dicta? Ordinaria vel ex testamento vel ab intestato. Ordinaria ex testamento vel sec. vel contra tabb. Effectus bon. possess. sec. tabb. in suis quis?

XXXVI. Vel ab intestato, unde liberi, unde legitimi. *l. 1. & pass. ff. & C. unde leg.* unde cognati. *t. t. ff. unde cog. & t. t. Inst. de Succ. cog.* unde vir & uxor. *l. un. ff. & C. unde V. & U.* Ordinaria ab intestato quæ?

XXXVII. Vel extraordinaria, quæ ex novis Legibus, SCtis, Constitutionibus Principum, vel ex testamento, vel ab intestato, specialiter ad hereditatem & bonorum possessionem vocatis, succurrit. *§. 3. Inst. de bonor. possess. Vide l. 22. §. 1. ff. de leg. 3.* Vel extraordinaria.

 l. 2.

l. 2. π. de pet. & mil. succ. l. 32. §. 8. π. de don. inter Vir. & Uxor. Tale est remedium ex l. ult. 3. de Edict. D. Hadr. toll. soli heredi testamentario competens, qui missionem in possessionem petens, testamentum vel codicillos proferre tenetur, Judici competenti, nullo visibili vitio laborantia, hoc est, nec rasa, nec cancellata, aut abolita aliqua ex parte. His ita positis, fit immissio in eas res, quæ testatoris fuerunt mortis tempore, siquidem possessio sit vacans, & nullus exstet contradictor. Eo autem exsistente, utriusque jura examinantur, & tam in possessionem missionis, quam subsecutæ contradictionis causa ventilari debent, ut potiora jura ostendens demum vincat. Vide Dn. Richterum, JCtum Salanum, commentario ad d. l. ult. C. de Ed. D. Hadr. toll.

Bon. possessio Carboniana.

XXXVIII. Decretalis tres sunt species. Carboniana, *qua filio impuberi, cui status quæstio movetur, consulitur, & perinde bonorum possessio datur, ac si lis mota non fuisset, judicio in tempus pubertatis dilato. l. 1. & t. t. ff. & C. de Carbon. ed.* Ventris nomine, *qua datur mulieri prægnanti, in bonis mariti, donec enixa sit, vel omnino constet, eam gravidam non esse. t. t. ff. de vent. in poss. mitt.* Et litis agnoscendæ gratia, *quæ datur filio emancipato, exheredato, vel præterito, ad consequendam facultatem, intentandi querelam inofficiosi, ad quam alias emancipatus, de LL. XII. tabb. non admittebatur. l. 6. §. ult. & l. 8. princ. ff. de inoffic. testam.*

Ventris nomine.

Litis agnoscendæ gratia.

Arrogatio est modus acquirendi per universitatem.

XXXIX. Tertius modus adquirendi per universitatem est arrogatio, qua arrogator usumfructum bonorum omnium arrogati adquirit, *quamdiu vivit; mortuo vero eo, dominium & proprietatem. §. 1. Instit. d. t. Eorum autem nomine, quæ arrogatus debuit, arrogator proprio nomine conveniri nequit: Sed nomine filii, ut eum defendat, vel in bona ejus missionem patiatur. §. fin. Inst. d. t. l. 7. §. 15. Quib. ex caus. in poss. eatur.*

Addictio bonorum &c. quid?

XL. Quartus & ultimus est addictio bonorum, libertatum conservandarum gratia, *qua dominium bonorum defuncti, qui solvendo non est, transfertur in eum, qui cavet, se debita defun-*

functi existimaturum esse in solidum, ut libertates a defuncto sive in testamento sive alia ultima voluntate, sive etiam inter vivos conferentur. Quod si nemo sit, qui bona sibi addici postulet, fiscus hereditatem adit, & libertates, quas defunctus praestare voluit, praestat. §. 1. in fin. Inst. eod. Erat & adquisitio per universitatem, quae inventa fuit SCto Claudiano, quo libera mulier servi alieni amore bacchata, post trinam denunciationem, dedebatur domino servi. Meminit Tacitus Ann. 12. Tertull. 2. ad uxor. Et forsan Claudio ansam dedit Messalina sua, quae Lyciscam mentita, vilissimum scortum, noctu lupanar adibat. Sed ejus juris auctorem Suetonius Vespasianum facit c. 11. Vide Cujac. ad l. 3. C. de Murileg. Sed hoc jus jam Alexandri tempore obsoleverat. l. 3. C. de liber. caus. Vide L. un. C. de SCt. Claud. toll.

Acquisitio per universitatem ex SC. Claudiano quae?

Haec acquisitio tempore Imp. Alexandri obsolevit.

XLI. Sequitur collatio bonorum, *Gr. συνεισφορά, a Praetore injuncta his, quibus bonorum possessionem contra tabb. dedit; tollenda iniquitati, qua, admissis emancipatis ad bonorum possessionem contra tabb. fratres in potestate retenti adficiebantur. Nam cum emancipati omnia sibi; Sui autem patri omnia adquirant, nisi emancipati bona quaesita cogerentur communicare cum fratribus in familia retentis, fieret, ut sua sibi praecipua haberent: Suis autem partem, qui in omnia bona, jure civili, vocantur, beneficio Praetoris detraherent. Deinde haec quoque hujus juris ratio est, quod emancipati, qui in bona patris concurrere volunt, jus suorum heredum reapse adfectent. Suorum autem heredum quae sunt, patris sunt; itaque ea, quae sua sunt, tanquam sui heredes, in commune redigere debent, ut, dum se adaequant suis, nihil etiam proprii ac praecipui retineant. Cujac. par. Cod. h.* quae est confusio bonorum propriorum, cum hereditatis, quae fit inter fratres, ut ea omnia inter se partiantur ex aequo.

Collatio bonorum quid? Hanc Praetor injungit his, quibus dedit bonorum possessionem contra tabb. Et quare?

AD THES. XLI.

BONORUM PROPRIORUM] Non tamen omnium, sed illorum tantum, quae ab ascendente, cui succeditur, vel per eum, sed intuitu & occasione ejus, vivo illo, in liberos profecta. *l. 1. §. 15. de collat. l. 12. l. 13. l. 15. C. eod. Struv. exerc. 37. th. 22. & 27. Adde Auth. th. 44.*

XLII.

XLII. Conferre tenentur emancipati, *ex edicto Praetorio iique soli; Equidem & avus nepotibus suis, ex filio post emancipationem natis conferre tenetur, si vult bona filii emancipati adquirere nepotibus ex eodem filio emancipato natis, in potestate retentis. l. 4. 5. pr. h. In effectu tamen perinde est, ac si nepotes conferrent ipsi, per avum.* Sive bonorum possessionem contra tabb. petiverint. *l. 1. pr. l. 9. h. l. 9. C. h. t.* Sive, unde liberi, *si modo omnes liberi petierint. l. 20. §. 1. de bon. poss. cont. tabb. l. 4. 9. C. h. Quamvis ex sententia edicti, etiam tum conferent emancipati, si filii, heredes instituti, ex testamento hereditatem amplectantur. l. si filius. 10. π. h. t. Vide A. Fab. dec. 40. Errore X. contra quem disputat Amaya t. Obs. ult. n. 23.*

Collationi quando locus est?

Toties enim collationi locus est, quoties aliquo incommodo affectus est is, qui in potestate est, interventu emancipati. *l. 1. §. toties. 5. π. h. Ergo si emancipati scripti sint heredes, una cum fratribus suis, non conferent l. 6. de dot. collat. l. 35. π. fam. ercisc. l. 1. l. 7. C. h. t.*

Sui conferre non tenentur? Et cur?

Non autem sui, *etiam in specie l. 2. §. ult. h.* Quia nihil habent proprii, *quod collationi obnoxium sit.* Jure novissimo quoque. *Nam & hoc jure profectitia in hereditate manent. l. 12. Cod. h. t. & nulla alia sunt, quae collationi obnoxia.*

Si dotem & donationem propter nuptias conferunt.

Excepta dote & donatione propter nuptias, *quae ex bonis patris quodammodo exire videntur. l. 17. C. h. t. l. 1. ff. dot. coll.*

AD THES. XLII.

JURE NOVISSIMO QUOQUE] Dissentire videtur cum aliis Dn. Struv. *exerc. 37. th. 24.* ubi dicit jure noviori non solum emancipatos suis, sed etiam suos emancipatis, imo [illegible] suos suis, & emancipatos emancipatis conferre. Sed videtur saltem. Nam vel de exceptione, quam hic ponit Auctor [scilicet in conferenda dote] potest intelligi, vel etiam de collatione impropria loquitur, quatenus nempe sui coguntur bona profectitia in haereditate relinquere, uti seipsum explicat *thes. 27.*

Conferri debet solis suis.

XLIII. Conferri autem debet suis, *solis. l. 1. pe. l. 3. §. 2. & 3. h. l. 11. C. h. injuriam per bonorum possessionem contra tabb. ab emancipato passuris. l. 1. §. 3. 4. 5. l. 10. h. l. 20. §. 1. de B. P. C. T. Cui enim emancipatus aufert, eidem confert. Fac, Primum esse emancipatum, Secundum in potestate, Tertium emancipatum, cujus duo nepotes*

potes in potestate Avi; Primus conferet & secundo, & nepotibus Tertii, l. 1. §. 14. de conjung. cum em. lib. vers. Nam & si alius. *Tertius vero conferet solis liberis suis, quippe quibus solis injuriam facit. l. 1. §. 13. 14. de Conj. cum em. lib. Non enim concurrit, nisi cum filiis suis, in potestate Avi se emancipato, retentis. l. 3. §. ult. h. Finge; Duo sunt filii, unus in potestate; alter emancipatus, & ex tertio jam mortuo nepotes, unus in potestate, alter emancipatus: Filius emancipatus petit contra tabb. Conferet igitur fratri & nepoti, utrique in potestate existenti. l. 1. §. 16. de conj. cum em. lib. Quia singulis aufert. Quid de nepote emancipato? Si literam sequimur, & illi dicemus conferri. Sed obstat, quod emancipatus emancipato non confert, l. si emancipati. 9. C. de collat. Hinc varia sententia. Vide Cujac. 3. obs. 29. Hotom. 9. obser. 8. Henr. a Suevin. c. 46. Vulgata responsio est Bartoli & antiquorum, quam Bachov. ad Tr. th. 3. lit. c. & Vinnius de collat. c. 4. n. 6. proponit, quod conferatur emancipato per accidens, propter personam nepotis in potestate retenti. Nimirum, nepotes ex uno eodemq; filio, licet plures sint, omni jure pro uno habentur. l. 2. §. 7. de Excus. tut. sive sint in potestate, sive emancipati. Ergo quemadmodum si in potestate mansissent, unius loco haberentur, ita etiam post emancipationem. Cujac. recit. sol. ad l. 1. ff. h. t. p m. 986. lit. c. per l. 7. h. tit.* Non emancipatis, *nempe ex edicto: l. 1. §. ult. l. 2. §. 5. l. 3. §. 2. h. l. 9. C. h. quia alter alterum non onerat. Uterque enim propter emancipationem jus adquirendi habuit. Sed emancipatus emancipato confert dotem & donationem propter nuptias, ex constitutionibus. l. 17. 19. 20. §. 1. C. h.*

Emancipato confertur per accidens.

Quare ex edicto emancipato emancipatus non conferat?

AD THES. XLIII.

EMANCIPATUS EMANCIPATO] Imo & de jure novo hæredes descendentes testamentarii quilibet conferunt. *Nov. 18. c. 6. Auth. ex testam. C. de collat.*

XLIV. Conferuntur omnia bona, quæ *heri non habent beneficio emancipationis, sed legis, quaque filii tempore mortis patris l. ea demum. 6. C. h. habuerunt. Et quæ* si emancipati in potestate mansissent, patri adquisituri fuissent. Non modo corpora, sed & jura & actiones, *quamvis sub conditione; nisi ex testamento de-*

debeantur, ut legata conditionalia. l. 2. §. id quoque 3. π. de collat. Ratio differentiæ, quia legata conditionalia ipsis liberis adquiruntur, stipulationes parentibus. l. 18 de R. J. quia in stipulationibus id tempus spectamus, quo contrahitur. Item dos *etiam adventitia a fratribus in potestate. l. 4. h. t. Emancipatis autem non confertur; nisi profectitia d. l. 4. l. 1. §. sub conditione. 4. ff. eod. Ratio differentiæ, inter dotem & alia bona, est, quia reliqua bona a suis omnia adquiruntur patri: Sed dos non tam est patris, quam filiæ. l. 4. §. ult. de coll. dot. Ut; quantum ad dotem, filiaf. ceu emancipata, consideretur. Non solum autem dos confertur a suis suo, emancipatoque, sed & emancipatis ab emancipatis. l. 17. C. h. Et dos non tantum illa, quæ liberis, sed etiam quæ matri eorum data fuit* & donatio propter nuptias *l. 17. 19. pen. C. h. Non ergo castrensia & quasi l. 1. §. nec castrense. 15. π. h. t. l. ult. C. h. t. Neque hodie adventitia. Postquam enim peculium adventitium non amplius adquiritur patri, quantum ad proprietatem; convenienter & bona adventitia collationi exemta fuere. l. ult. C. h. t. Secus est in fructibus adventitiorum, quia hi patri adquirerentur. Ita Dd. & Iason in l. ult. C. h.* Non item donatio simplex. *l. pen §. 1. C. h. t. Obstat l. 13. C. h. t ubi negatur, filiamf. fundum sibi a patre donatum præcipuum habere. Ergo, ajunt Interpp. debet filiaf. conferre. Varia his sententiæ. Vide post Alb. de Ros. ad d. l. 13. & priscos alios, Cujac. 9. Obs. 30. Et 9. O. 17. Duaren. hoc tit. c. 2. A. Fab. 40. Err. 1. Fachin. 9. Contr. 80. Gipb. in Cod. d. l. 13. Vinn. de collat. c. 15. n. 8. Ego putem, tum demum recte nos ita collecturos, si ageretur, de donatione valida, & res a patre donata filiafam. vivo patre, fuisset adquisita. Qui ergo conferat Antistia, quod nunquam ipsius factum fuit? Cum collatio ad ea pertineat, quæ sunt in dominio ejus, qui conferre cogitur, non ad ea, quæ sunt aliena. l. 1. ff. 6. 13. 1. l. 11. ff. de collat. Quando ergo ex propositione ista; Antistia rem donatam non habet præcipuam, vis concludere; Ergo debet conferre: Oportet, ut præsupponas terminos collationi habiles: Qui hic nulli sunt. Propterea enim hic negatur donatum haberi præcipuum, quia totus actus nullus est, adeoque negatur & donatio & collatio. Sed objicitur, quod in*

l. 2.

Legata conditionalia non conferuntur Quæ causa?

Dos adventitia & profectitia quibus conferatur.

Bona adventitia hodie non conferuntur.

Neque donatio simplex confertur.

Explic. l. 13. C. de collat.

l. 2. C. de inoff. don. donatum a patre liberis in potestate, præcipuum, officio arbitri familiæ erciscundæ, dicitur haberi. Ergo donatio subsistit. Resp. Præcipuum habetur ratione divisionis, ne in judicio famil. ercisc. alii, quam cui pater voluit, adjudicetur: Sed hoc nihil ad collationem. Illud enim demum, quod vivente patre habetur præcipuum, a collatione immune est: Non quod, eo mortuo, per arbitrum familiæ erciscundæ adquirendum est. Eadem ratio est l. 18. C. de famil. ercisc. quæ amplius & propterea, ut vulgo creditur, non obstat d. l. 13. quod pater in illa non proponitur filiæ donasse, sed rem comparasse sibi, sibi adquisivisse, sed nomine & intuitu filiæ, hac fini, ut olim filia eam judicio famil. erciscundæ haberet præcipuam, non dividendam vel regionibus inter cohæredes, vel alii cohæredum adjudicandam. Aliud est donare filiæ, aliud comparare, ut filia olim adquirat. Id quod immerito ineptum judicat Dn. Wissenbach. disput. pand. de collat. p. 144. quem parum juvat. l. 32. §. 1. de donat. int. V. & U.

AD THES. XLIV.

QVÆ LIBERI NON HABENT] *Vid. notat. ad th. 41.*

ETIAM ADVENTITIA] Modo talis sit adventitia, quæ a Parentibus proficiscitur, nam quæ ab extraneo datur, plane non confertur *l. fin. C. de collat. Eckolt. de dot. collat. §. 1. Adde tamen Brunnemann. ad d. l. 4.*

NEQVE HODIE ADVENTITIA] *Adde Strub. exerc. 37. th. 31. & Eckolt. hic th. 14.*

OBST. L. XIII. C. H. T.] Respondeo enim : textum loqui de eo casu, quod non vere donatus fuerit fundus, sed in peculium saltem datus, qui significatus vocis occurrit etiam *in l. 31. §. 2. de donat. l. 37. §. 1. l. 49. de A. R. D.* vel præsupponere donationem non simplicem, sed dotis causa factam.

QVIA TOTUS ACTUS NULLUS EST] Sed cur totus actus nullus est? Sane res a parentibus liberis in potestate donatæ a morte patris confirmantur *l. 31. §. 2. de donat. l. 17. C. eod. l. 25. C. de donat. inter V. & U.* Conf. Auct. *supra dissert. 8. th. 28.*

XLV. Exceptis duobus casibus. 1. Si donator conferri jussit: *l. 2. C. h.* 2. Si alter dotem vel donationem conferre teneatur. *Dn. Carpzov. 3. 11. 17. Secus esse videtur in libris studiorum causa, filio emtis, cum studiosi peculium quasi castrense non habeant. l. ult. C. de inoff. test. Sed in foro contra ser-*

Duobus casibus confertur etiam simplex donatio.

An sumtus studiorum conferuntur?

tiatur. Dn. Carpzov. 3. 11. 17. Caeterum conferuntur sumtus studiorum si filius proprium habeat patrimonium. Id. ib. Quid si pater eos consignaverit? Nondum conferendos, voluit Ordo Iuridicus Lipsiae 1629. Finckelth. obs. XI. contra, Dn. Scabini ibidem; siquidem peculiari libello consignati fuerint. Secus si in rationes quotidianas, Dn. Carpz. 3. p. 206. Nec testamento, aut codicillis relicta, *legata aut fideicommissa. l. 1. l. a patre. 10. h. tit.* Nec ea quae studiorum causa, a patre, filio peregre agenti subministrantur. *l. 50. famil. ercisc.* Nec quae vindictae potius, quam rei persecutionem continent, *ut injuriarum actio l. 2. §. emancipatus. 4. ff. h. t. l. 6. §. pen. ff. de sep. viol.* Denique non conferuntur jam alienata a filio ante mortem patris, *nisi dolo malo alienatum fuerit. l. 1. §. confertur. 23. h. t.* aut perdita. *l. 2. §. de illis. 2. ff. h. t. sine dolo scilicet, & culpa.*

AD THES. XLV.

STUDIOSI PECULIUM QUASI CASTRENSE NON HABEANT] Hoc quidem non dicitur *in d. l. ult.* Et quamvis Studiosorum ibi non fiat mentio, tamen unius positio non est alterius exclusio. Adde Struv. *exerc. 31. th. 30.*

QUID SI PATER EOS CONSIGNAVERIT] Sententiam Finckelthus. approbavit Serenissimus. *decis. noviss. 50.* additis tamen nonnullis limitationibus.

Collatio fit duobus modis vel reipsa vel cautione praestita.

XLVI. Collatio fit duobus modis vel reipsa cum bona conferenda cum coheredibus revera dividuntur *l. 1. §. quemvis. 21 ff. h. t. vel cum collationem facturi, minus accipiunt ex bonis paternis, seu remittendo contra tantum ex bonis paternis, vel delegando, aut liberando coheredes in tantum l. 1. §. pen. ff. l. 2. C. h. t. quantum ex propriis conferentis fratris, collatione reali facta, accepissent. d. l. 1. §. 12. ff.* Et quidem ipsae species, *non earum aestimatio, nisi volentibus, aut re alienata. Castal. ad l. 20. ff. fam. ercisc. Vinn. c. 16. n. 3. Christin. vol. 4. decis. 2. n. 5.* Vel cautione, pignoribus vel fidejussoribus *de conferendo* praestita. *l. 1. §. jubet 9. ff. h. t. Quod si quis ob inopiam cavere non potest, curator ejus portionis constituendus, ap. quem pecunia interim, donec caveatur, sit deposita. l. 1. §. 10. l. 2. §. ult. h.* deductis impensis, in rem conferendam factis. *l. 1. §.*

cum

cum dos 5. ff. de dot. coll. Sine usuris & fructibus, *quos sibi præcipuos habere debet collaturus, l. 3. 4. 8. 17. 19. C. h.* Pro portionibus hereditariis, *ita ut persona quoque conferentis connumeretur, & partem faciat. l. 2. §. ult. l. 3. h. t.*

AD THES. XLVI.

AUCTORITATE JUDICIS] Instituetur tunc condictio indebiti; si sine judice, implorabitur officium Judicis. *Strub. exerc. 37. th. 38. n. 2.*

XLVII. Cogitur autem quis ad collationem, vel denegatis actionibus, quas pro consequenda portione sua alias habiturus fuisset. *l. 1. §. 10. l. si cum duobus. 13. π. h. t. l. 11. l. 14. C. eod.* vel officio judicis *l. 8. C. h. quod si cautioni non steterit, committitur illa, & condemnatur quanti ea res est. l. 5. in f. ff. h. t. Quid si, omissa collatione jam facta sit divisio auctoritate Iudicis? Officio Iudicis adhuc faciendam collationem Dd. volunt, Gloss. Cyn. Alb. Bart. ad l. 8. C. h. t.* Quomodo quis ad collationem cogatur.

DISSERTATIO XII.

De

Natura Obligationis, Pactis & Contractibus in genere.

RESPONDENTE

JOHANNE CONRADO FISCHERO, Mœno-Francof.

APHORISMUS I.

PErtinet ad jus rerum, *præter dominium, quo de hoc usque,* & Obligatio. *Quamvis enim obligatio personas vinciat, ad dandum aliquid, vel faciendum: Non tamen in ipsa persona jus adquirit creditor, quale jus in personam, extra statum hominum, in jure nostro nullum datur; sed omnino rem respicit, quam, mediante persona facto, acquisitum imus. Dissentit post Lorich. Vultejum, A. Matthæum, Wissenbachius Disput. Instit. 31. th. 2. & seqq.* Est autem illa juris, *cujuscumque, etiam naturalis,* vinculum, *i. e. jus* Obligatio ad jus rerum, non ad jus personarum pertinet. Et Cur? Creditor in obligati debitoris, persona nullum Jus acquirit vel habet.

jus rerum, vinciens, necessitatem moraliter imponens, quo necessitate vel *honestatis tantum, ubi aliquid præstari æquum secundum dictamen rectæ rationis, jus autem in creditorem nondum est translatum; Vel etiam juris, ad implendum. l. fin. C. de ratiocin.* adstringimur, alicujus rei, *in latissima acceptione, ut & factum comprehendat*, solvendæ, *præstandæ, quo & dare & facere comprehenditur*, secundum *cujusque Reipublicæ modos & regulas ad id introductas, atque ita apud Romanos secundum* nostræ civitatis jura, *pr. Inst. de Oblig. Et si enim dictat ratio, fidem promissi esse implendam, modos tamen non determinat ad speciem, quo minus addi vel detrahi his jure positivo possit.*

AD DISSERTAT. XII.

AD THES. I.

AD *JUS RERUM*] Omne jus, quatenus pro facultate, seu qualitate personæ activa, accipitur, præsupponit in subjecto patiente obligationem. Ex quo patet (1) quod etiam Ius in re, seu dominium, alterum, nempe possessorem, obligatum habeat, rem propriam domino vero restituendi. *Vid. Grot. de J. B. & P. lib. 2. c. 10. de obligatione, quæ ex dominio oritur.* Sed Jus Civile obligationis vocem stricte accipit pro sola ea obligatione, quæ juri ad rem relative opponitur, ac priorem dominio correspondentem plane non curat. *Vid. §. 1. Inst. de act. Serb. qui nullo jure ei obligatus est. Adde Struv. ex. 46. th. 52.* (2) Quamvis communiter Ius ad rem & obligatio pro synonymis habeantur. *Vid. Feltmann. de Jure in re & ad rem cap. 26. §. 1. & 2.* tamen revera hæc duo esse inter se discernenda, quia subjectis differunt. Sed quomodo? Non ut totum & partem, uti vult Huber. *digress. Justin. l. 4. c. 5. p. m. 471.* cui respondet Feltm. *lib. Bened. c. 7. §. 9.* Neque ut causam & causatum, quæ est opinio Feltmanni *de Jure in re d. c. 26. §. 4. & lib. Bened. 3. & 7.* Hahnii *ad VVesenb. de O. & A. n. 11. in fin.* quos refutare intendit Huber. *d. c. 4.* Sed ut relatum & correlatum, quæ simul existunt Struv. *d. ex. 46. th. 54. & ibi in resolut.* ubi respondet Feltmanno ad objectiones, quas ipsi moverat *de Jure in re d. c. 26.* quibus quondam regessit hic *d. c. 3. Bened.* sed frustra, nam error in eo latet, quod putet non dari posse jus ad rem, nisi re præsente.

NON TAMEN IN IPSA PERSONA] Adde Huber. *ad tit. Inst. de oblig. th. 1.*

Digitized by Google

AD EST JUS RERUM] Videtur ergo & Auctor obligationem & jus ad rem pro synonymis habere.

II. Ea vel naturalis est, *vinculum juris Gentium, quo ad solvendum adstringimur*, tum minus plena, *quæ ortum habet ex jure Gentium primævo, quod solo rectæ rationis & honestatis ductu obtinuit: Et describitur* juris vinculum, *id est, devinctio. Vinculum enim causa est, propriè, cujus operatio est obligatio, & hæc, devinctio & impulsio quædam.* quo quis adstringitur *in conscientia*, ad præstandum id, quod honestas, *caritas*, & æquitas exigit, sine conventione. *Qualis est non solum obligatio ad ἀντίδωρα. l. Sed si. 25. §. 11. de pet. her. l. 54. §. 1. de furt. Sed & illa promissio, qua nobiscum constituimus, aliquid dare, facere, ita tamen ut jus proprium exigendi a nobis in alterum non transeat; sive quia non acceptavit, sive quia jus positivum illam exigendi facultatem aufert.* Tum plenior, *ex jure Gentium secundario, post distinctionem dominiorum, per ratiocinationem & discursum mentis practicum, introducta*, qua quis adstringitur ad præstandum id, quod honeste *alteri volenti, acceptantique* promissum est. *Ideoque jure Gentium ad petendum & agendum efficax est: l. 5. §. 2. ff. de solut. Jure vero civili quandoque ad agendum, quandoque ad alios effectus habilis est: Impedit enim modo soluti indebiti repetitionem. l. naturaliter 13. l. 26. §. 12. ff. de cond. ind. l. 16. §. 4. ff. de fidej. l. 10. de O. & A. Modo venit in compensationem. l. 6. ff. de compens. Et in constitutum deduci potest. l. 1. §. 7. ff. de const. pec. Novari; vel præcedentem obligationem novare potest. l. 1. ff. de Nov. Fidejussor pro hujusmodi obligatione sumi potest: §. 1. in fin. de fidej. l. 1. l. 6. in fin. & l. seq. ff. eod. Pignus ei accedere potest. l. 5. §. pupillus. ff. de neg. gest.*

Obligatio naturalis, est vel minus plena vel plena.

Minus plena quid?

Obligatio naturalis plenior quid?

Hæc jure gentium actionem producit: Jure civili non semper.

AD THES. II.

EX JURE GENTIUM PRIMÆVO] Verum hanc distinctionem inter Jus primævum & secundarium jam supra rejecimus, & potius aliunde distinctio obligationis naturalis minus plenæ & plenioris petenda est, vel maxime ex natura objecti, quod in obligationem venit, quod quandoque conditionem omnem respuit, quales sunt omnes actus liberalitatis, misericordiæ, gratitudinis, & in genere charitatis. Conf. quæ de facultate & aptitudine disserit Grot. *l. 1. c. 1. ibique comment.*

SED

SED ET ILLA PROMISSIO] Adde iterum Grot. *l. 2. c. 11. §. 3. & seqq.*

PROMISSUM EST] Sed obligatio plena non solum ex promisso oritur, verum etiam ex delicto: nisi cum nonnullis & hanc ex pacto cum civitate deducere velis *Conf. Auct. th. 4.*

JURE VERO CIVILI] Jus civile huic obligationi naturali vel assistit in omnibus, ut in emtione, locato &c. & tunc vocatur obligatio naturalis & civilis simul, seu mixta. *Eckolt. de oblig. & act. 5. 9.* aut stylo Auctoris *th. seq.* civilis confirmata, vel in quibusdam tantum, cujus exempla hic recenset, & vocatur naturalis tantum, vel plane rejicit, quæ & ipsa naturalis tantum. *Conf. Eckolt. d. l. 5. 6. & 7.*

Obligatio civilis. III. Vel civilis, vinculum quo adstringimur ad aliquid solvendum, secundum nostræ civitatis jura. *§. 1. Inst. h. t.* Estque vel civilis in specie dicta, *quæ legibus constituta, ut verborum & literarum obligatio, aut saltem confirmata, ut ex emto, locato, deposito & deinceps*, vel Prætoria, quam Prætor ex sua jurisdictione prodidit, *ut constitutæ pecuniæ, peculii, jurejurandi &c.*

Quæ vel civilis in specie.

Vel Prætoria.

AD THES. III.

QVÆ LEGIBUS CONSTITUTA] Vocatur a quibusdam mere civilis. Conf. Huber. *ad Inst. de obligat. th. 3.* Sed rectius a nonnullis obligatio mere civilis rejicitur, quia omnia exempla ad eam relata vel plane non spectant ad obligationem proprie dictam, vel dependent suo modo, & præsupposita certa hypothesi, etiam ex æquitate naturali.

Obligatio unde immediate & proxime descendat? IV. Obligatio descendit *mediate & remote a jure naturali, quod Gentium dicitur, vid. aph. 2. civili, prætorio: Immediate vel proxime* a facto *ad producendam obligationem habili. arg. l. 155. de R. J.* licito, *vel illicito. Licito* promissione, *quæ subsistit vel in mera obligatione promittentis,* uti est pollicitatio; *quod vocabulum ab hasta & auctione ad promissiones liberales traductum videtur. In auctionibus, qui post licitantur, plus solent offerre, inde qui magnifice Deo aut Reip. offert, similis post licenti, inde polliceri.* Pollicitatio est spontaneum offerentis promissum, *quando neque provocati, neque interpellati, sponte nostra liberaliter offerimus.* Meyer, *C. A. th. 3. neque aliter, quam a præsenti. arg. l. 3. pr. h. non per epistolam l. 5. h. & quidem Deo, vel Universitati facta, aut Reip. obligationem parit. t. t. ff. de pollic. Et Deo quidem facta dicitur votum. l. 2. ff. de pollicit. Vide id ex Orpheo & Platone quomodo definiat Mars. Ficinus*

Pollicitatio.

Pollicitatio, Deo facta dicitur Votum.

nus, præfat. in Platonis Alcib. II. p. m. 450. Exempla variar. Gentium ap. Alex. ab Alex. 322. Conn. 5. 9. Et in primis elegantiss. dissertationem Dn. Guil. Leiseri, ICti in Acad. Witeberg. Amici nostri, de Votis c. 1. P. Greg. Synt. 24. c. 10. Vota rusticorum pro bobus, Cato de R. R. c. 83. & 134. Huc pertinet & devotio, cujus ritum Livius lib. 8. c. 9. 10. 11. Et 10. 28. Plin. 28. 2. Liv. lib. 5. Plutarch. Camillo. Pro Principibus se devovit Sextus Pacuvius. Dio lib. 53. Vide Suet. Calig. 27. Dio. lib. 59. Plutarch. & Nep. Alcib. Briss. form. 1. p. 108. & seqq. Fabrottum, JCtum elegantissimum ad T. Cod. de pagan. sacrif. & templ. p. 23. Hoc præstitum ab eo, qui sui juris est, obligat. d. l. 2. §. 1. A servo, vel filiofam. non aliter nisi jussu Parentis aut Domini factum. Etsi peculium habent, quia ex eo nihil donare possunt. l. 28. §. 2. de pact. l. 7. pr. de donat. Excepto peculio castrensi & quasi, adventitioque pleno. Reipubl. autem facta tum demum valet, si causa sit, cur facta pollicitatio, ut honoris, magistratus, sacerdotii, decreti vel decernendi, suique vel alieni causa. l. 1. 6. 9. 11. & 14. ff. de pollic. Vel decreti impetrand. l. 1. §. 1. ff. eod. vel ob casum aliquem, quem civitas passa sit, incendium, terræ motum, ruinam. l. 7. cum simil. d. t. vel si cæptum est fieri. l. 3. π. h. t. Vide Plin. lib. 5. Epist. ult. ad Maximum, lib. 10. ad Traj. lib. 7. Epist. 18.

Votum quando obliget.

Pollicitatio Reip. facta quando valet?

AD THES. IV.

NON PER EPISTOLAM] Cujus quidem ratio in eo consistere mihi haud videtur, quia pollicitatio sit oblatio, absens autem offerre nequeat, uti ex Meiero affert Eckolt *de pollicit.* §. 4. sed in libero arbitrio legislatoris quærenda erit, ad quem, tanquam ad reipubl. caput, spectat cura, ut pollicitationes impleantur; Quod vero votum concernit per epistolam datum, is, qui vovit, conscientiam suam, per hanc legem non liberabit.

V. Vel ultro citroque facta conventione, quæ est duorum vel plurium in idem placitum, *de præstatione aliqua seu commutatione*, consensus. Estque vel pactum, vel contractus. Pactum Gr. σύμφωνον, συνθήκη, est conventio plurium in unum placitum, de dando, faciendo aliquid aut præstando, nudo placiti fine consistens, *l. 1. §. 2. de pact.* Estque vel *publicum, vel privatum. Publicum pertinet ad causas belli, pacisve: Privatum est vel* juris Gentium, vel legitimum. *l. 5. 6. 7. de Pact.* Pactum juris gen-

Conventio quid?

Hæc est vel pactum, vel contractus.

Pactum vel publicum est vel privatum.

Privatum vel jur. gentium vel legitimum.

gentium modo absolute & in se consideratur, & dicitur nudum, quod in nudis placiti finibus subsistit. Estque interdum tacitum, *v. g. Si debitori cautio redditur, tacite de non petendo pactum intelligitur. l. 2. ff. h. t. Vide Langl. 4. sem. 7. Quid si ex pluribus chirographis ejusdem crediti, unum, redditum? Adhuc videtur remissum debitum. Bachov. comm. ad h. t. p. 602. Idem est, si comburitur; quod fecit Augustus aerarii debitoribus. Suet. Aug. c. 32. Hadrianus Spart. Hadr. Gratianus. Auson. grat. act. pro Cons. Urbe capta si victor debitoribus reddas syngraphas suas, an postea a creditoribus nihilominus convenire possint. vide Quintil. de Thessalis Thebanorum creditoribus, lib. 5. c. 10. p. m. 224. Et Caesar Dyrrachinis aes alienum, quo creditoribus suis tenebantur, donavit. Cic. Ep. 6. ad Brut. qui pignus reddit jus pignoris remisisse, non vero crediti intelligitur. l. 3. Vide Tim. Fab. 1. annot. 15. Ita tacito pignore tenentur invecta illata in praedia urbana locata. l. 4. pr. h. t. Et fructus rustici locati. l. 4. 7. in quib. caus. l. 3. C. eod. Sic dotis stipulationi inest conditio, si nuptiae secutae. l. 4. §. 2. h. l. 21. de J. dot. Junge l. 4. §. ult. π. h.* l. 57. pr. eod.* Et l. 29. de adm. tut.* l. 2. C. h. t. Sic taciti pacti vim habet & epistola, si is, cui missa, taceat, ex quo damnum sentire possit. l. 16. ff. ad SCt. Mac. l. 12. ff. Rem. rat. h. l. 34. pr. ff. mand. Nicol. de Pass. de priv. script. lib. 3. q. 1. num. 118. Mart. Magerus de adv. arm. c. 9. n. 50. Item si debitor post solutionem non nactus apocham, creditorem testato convenit, isque taceat; Jacob. Schultes. qq. pr. 43. Simile quid Virg. Pingiz. q. 54. n. 29.* interdum expressum. *Praeterea pactum nudum est vel promissorium, vel liberatorium. Hoc agitur de tollenda obligatione, & parit exceptionem interdum pacti, interdum doli. l. 10. §. 2. l. 25. §. 2. l. 35. l. 16. 12. & §. 1. l. 40. §. ult. h. t. quoties subtilis ratio prohibet dari exceptionem pacti. Et vel generale in rem, si quis paciscitur, ne petat. l. 7. §. 3. π. h. t. Quod enim generaliter & sine expressione personae fit, in rem fieri dicitur. Sic actiones, exceptiones in rem scriptas, interdicta in rem concepta legimus. l. 9. §. ult. π. Quod. met. caus. & vel personale, in certam personam conceptum. l. 7. § 8. h. t. ne g. ne a Lucio Titio petatur. Illa omnibus prosunt, quorum interest, puta*

Qui pignus reddit, jus pignoris remisisse intelligitur.

Taciti pacti vim habet epistola.

Pactum nudum, aliud est promissorium, aliud liberatorium. Liberator. est vel generale in rem vel personale.

Digitized by Google

ta heredibus & fidejussoribus. l. 21. §. 1. π. h. t. Hæc vero ad alios, ut ad heredes, non pertinet. l. 21. pr. l. 40. h. t. l. 25. §. 1. l. 17. §. 3. Non obstat l. 17. §. 5. h. t. ubi Sabini sententia referri, non vero probari quibusdam videtur. Cujac. distinguit, ut, venditore vivo emtori illius prosit pactum. In Paulo ad h. text. p. 64. Confer. Zas. de pact. l. si tibi Duaren. de pact. c. 6. n. 10. p. 41. Commodius forsan dicemus, pactum venditoris personale, emtori prodesse, non jure stricto, sed ex æquitate, quia plerumque eadem causa esse debet, circa petendum aut defendendum, quæ fuit auctoris, ut est in l. invitus. l. 156. §. plerumque. 5. ff. de R. I. Hinc exceptiones venditoris prosunt emtori. l. 28. C. de Evict. l. 4. §. de auctoris. ff. de dol. m. & m. exc. Cur autem idem jus sit emtoris, quod venditoris, est, quia res, quæ venditur, cum sua causa transit ad emtorem, ut & ad donatorem. l. 67. ff. de contrah. em. Quid si pactus sit pater, ne a se, filiove petatur? Affirmat Celsus l. 33. π. h. t. nempe si filio pactus sit, ut heredi. Alias si ut filio, datur exceptio doli. l. & heredi. 21. §. 2. h. Aliter A. Fab. dec. 33. err. 9. Mixtum autem tam in rem, quam personam dari negamus, quod ex l. 57. §. 1. π. h. t. quidam exstruunt. Proponitur ibi duplex pactum, alterum, ne ego petam. Alterum ne a te petatur. At vero cum pactum personale vel reale intelligatur proprie respectu debitoris, fieri non potest, ut detur pactum mixtum. Non enim potest partim prodesse soli debitori, partim non soli, sed & successoribus. Igitur revera primum genus est pactum reale, quamdiu creditor vivit, quia & heredi debitoris prodest. Dicitur autem improprie & personale, adeoque mixtum, respectu creditoris, in quantum is solus, non ejus heres a petendo excluditur. Alterum, ne a te petatur, est mere personale. Dicitur autem improprie reale, respectu creditoris, quatenus nec ipse nec heres ejus petere possunt. Porro sciendum, personæ mentionem, pactum non semper personale arguere, sed solum demonstrationis causa adjici. l. 7. §. 8. in f. Secundum quod judicavit Frisiorum tribunal. Sand. 3. 12. 21. Modo quatenus contractibus accedit, & dicitur adjectum *Dd. vestitum.*

Explic. l. 17. §. 5. de Pact.

Non datur pactum liberatorium mixtum.

Explic. l. 57. §. 1. π. de pact.

Personæ mentio, non semper personale pactum arguit.

Pactum adjectum.

AD THES. V.

VEL PACTUM] Pacti vox etiam quandoque tam late sumitur, ut compre-

bendat sub se contractum *Strub. ex. 6. th. 2. Conf. Schütz. in comp. Jur. tit. de pact.* & tunc definitur, uti hic conventio.

NUDO PLACITI SINE CONSISTENS] Sed hæc definitio competit tantum pacto privato nudo, non etiam adjecto & legitimo. Ergo videtur ita potius generaliter describendum: quod sit *conventio ex se non producens de Jure civili actionem.*

ESTQVE VEL PUBLICUM, VEL PRIVATUM] Mallem hanc divisionem facere in genere pacti, cum hæc divisio desumta sit a causa efficiente, altera vero in pactum & contractum &c. a fine, seu potius ab effectu. *Conf. Schütz. comp. tit. de pact.*

NUDUM] Definio, quod sit *pactum de Jure civili actionem, licet non producens.*

QVID SI EX PLURIBUS CHIROGRAPHIS] Si nullæ aliæ circumstantiæ adsint, potius facerem in contrarium, tum *arg. l. fin. de his quæ in test. del.* tum quia ratio casus prioris in eo consistit, quod creditor se privaverit medio probandi, & alias nullus finis illius probationis intelligi queat; quæ ratio in hoc casu cessat. Nam creditor per alium chirographum debitum probare potest, & potest etiam traditio ex alia causa facta esse. Nec obst. quod humanior sit sententia, quæ favet liberationi. Respondeo, regulam procedere, si non constet de debito. Ad reliquas Bachovii objectiones respondet Strue. *in resolut. ad exerc. 6. th. 34.*

URBE CAPTA SI VICTOR] Spectat hæc quæstio ad Juris publici, seu naturalis, scientiam. Tractavit eam Hugo Grotius de J. B. & P. *l. 3. c. 8. §. 4. n. 2. & c. 9. §. 9. n. 1.* ubi utrumque factum, & Alexandri Thessali, pecuniam Thebanis debitam condonantis, & Julii Cæsaris examinat, & prius contra Quintilianum defendit, in tantum, ut nec Thebani ab Alexandro liberati postliminio jus suum recuperare potuerint. Consentit Grotio Magnif. Dn. Ziegl. *not. ad d. l. 3. c. 9. §. 9. p. m. 564.* Dissentit, sed frustra Hottomann. *quæst. illustr. 5.*

JUS PIGNORIS REMISISSE] Vid. tamen Brunnemann. *ad d. l. 3. de pact.*

EX QVO DAMNUM SENTIRE POSSIT] Sed hæc limitatio petit id, quod est in principio. Quæritur enim, an ex eo, si is, cui epistola missa, taceat, damnum sentiat, seu obligetur. Ergo male respondetur a Dd. allegatis, obligari eum, si damnum sentire possit. Et sane textus *L. 16. ff. ad SCtum Macedon.* loquitur de speciali casu, ex quo generalem regulam facere nollem: *L. 12. rem rat. em haberi*, nihil de epistola. *Lex autem 34. pr. mand.* potius probat contrarium; ibi enim Lucius Titius tacuerat, & tamen non est mutuum præsumtum. Imo regula tacentem pro consentiente haberi, secundum communem Dd. explicationem, fallit,

Digitized by Google

lit, si magnum ipsius tacentis præjudicium adsit. Facit *arg. l. 5. ff. de S. P. U.* Vid. Richt. *ad d. l. 16 C. de pact. n. 17. p. m. 116.*

PACTUM NUDUM EST, VEL PROMISSORIUM, VEL LIBERATORIUM] Dantur etiam pacta liberatoria legitima, qualia sunt in *l. 17. §. 1. l. 27. §. 2. verf. sed si pactum & §. 4. h. t. junct. l. 7. §. 14. in fin.* Nec obst. *l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 3. de his, qui not. inf.* Vid. Struv. *exerc. 6. th. 20. ibique in resolut. & qui hunc fideliter more solito (sed dissimulato nomine) exscripsit Schütz. in comp. tit. de pact. p. 36. ubi etiam tradit differentiam ratione effectuum inter pacta liberatoria nuda & legitima.*

VENDITORE VIVO] Scil. ob *d. l. 25. pr. h. t.* Conf. Struv. *exerc. 6. th. 48.*

COMMODIUS FORSAN DICEMUS] Auctoris mentem clarius explicat Bachov. *in tract. p. 649. verf. et. ad rem nostram*, qui multa erudite pro hujus legis intellectu disputat.

PROPONITUR IBI DUPLEX PACTUM] Adde omnino Bachov. *in tract. ad tit. de pact. p. 597. 598.*

ADJECTUM] Pactum adjectum, non nudum, seu vestitum, est *pactum actionem producens, non ex se, sed propter adhærentiam contractus.*

VI. Legitimum est, quod lege aliqua, vel edicto Prætoris confirmatum est, ut pariat actionem. *Ex jure civili, pactum donationis. l. 35. C. de don. Dotis. l. 6. C. de dote prom. Pactum de usuris civitatibus solvendis. l. 30. de usur. Ex pecunia trajectitia. l. 5. §. 1. l. 7. de naut. fœn. pactum de usuris ob frumentum mutuum l. 12. C. de usur. Non vero jusjurandum voluntarium, quia hic quidem conventio præcedit: Sed actio ex ea non descendit: sed quod juratum habetur pro judicato & confesso. l. 56. ff. de R. Iud. Et, ad instar judicati, in factum actio datur. l. actori. C. de reb. cred.* * *Neque pactum compromissorium, ut vult Gipb. propter l. 5. C. de recep. arb. Nam pacta legitima pariunt actionem ad id, quod pacto comprehensum est. Sed pars, ut arbitrum adeat, & arbiter ut sententiam ferat, cogi vi pacti, non possunt: Sed, in favorem actoris, conceditur hoc casu actio ad instar judicati: Et quidem tum demum, ubi silentio decendii, vel partium subscriptione, sententia roborata est. Ex jure Prætorio, Constitutum. t. t. π & C. de Const. pec. & pactum hypothecæ. l. 1. pr. ff. de pig. act. l. 17. §. 2. h. t.*

Pactum legitimum quid?

Jusjurandum voluntarium non est pactum legitimum.

Pacta legitima ex jure prætorio quænam?

AD THES. VI.

[*LEGITIMUM EST*] Est ergo *pactum actionem producens non ex se, sed ob confirmationem legis.*

[*NEQUE PACTUM COMPROMISSORIUM*] Adde Struv. *exerc. 6. th. 20.* ubi & pactum suffragii *l. un. C. de suffrag.* rejicit.

VII. Pacisci possunt omnes, qui consentire, *vel per naturam, vel leges. Nequeunt ergo natura, infantes. §. 9. Inst. de inut. stip. l. 14. de spons. l. 1. §. 13. de O. & A. Furiosi. l. 5. l. 40. de R. I. §. 7. Inst. de inut. stip. Quia non intelligunt, quod agunt. Mente capti. l. 2. de inoff. test. §. 3. 4. Inst. de Cur. Et extreme ebrii. c. fane 15. q. 1. Lege: Impuberes sine tutoris autoritate, ubi suam conditionem facerent deteriorem. l. 28. h. t. vid. disp. nostram V. aph. 29. & 34. Secus ergo in pacto liberatorio. l. 28. in fin. pr. h. t. Prodigi, bonis interdicti. d. l. contra. 28. Minores. Vide disp. N. V. aph. 34.* ut filiusfam. *cujus pactum non tantum patri prodesse: sive pactus sit simpliciter, ne petatur, sive ne petatur a patre, sive denique ne a se petatur. Nam & sic prodest patri, si ex contractu filii, velut defensor conveniatur. l. adquirent. 19. §. 1. cum l. seq. h. t. Sed etiam obesse solet, peculio tenus. vid. l. contra. 28. §. 2. & l. 29. & l. 30. h. t.* Sed & sibi praejudicare paciscendo filius potest, si paciscitur in casum, quo futurus est Paterfam. super jure futuro, & sibi competituro. v. l. & heredi. 21. §. 3. & seq. h. t.* Servus. *l. si tibi 17. cum ll. seq. modo domino ne noceat. Sed ita hae alieni juris personae, si cum extraneo. Nam cum his, quorum sunt in potestate, aut cum fratribus & conservis nullam obligationem jure civili contrahunt: Sed naturalem. §. 1. in fin. de fidej. l. 2. de contr. emt. §. item inutilis. Inst. de inut. stip. l. 2. de stip. serv.* * *Quod ad bona vero castrensia & quasi, filius cum patre contrahere & obligari jure civ. potest. l. 4. π. de jud. l. 2. π. de castr. pec. Non autem in adventitiis, nec iis quidem, in quibus pater usumfr. non habet. Quia una persona censetur patris & filii. §. 4. Inst. de inut. stip. Nec obstat Nov. 117. c. 1. Quia praesupponendum subjectum ad contrahendum habile, quale pater non est.* Mutus. *l. 4. §. 1. h. t. tam tacite; inferendo quid in aedes conductas, reddendo chirographum &c. quam expresse, per nuncium, vel epistolam. l. 43.*

Filiusfam. recte paciscitur.

Ut & servus.

Explic. Nov. 117. c. 1.

pr. ff.

pr. ff. de procur. l. obligamur. §. 2. §. pen. & ult. ff. de O. & A. tam absens, quam præsens. *l. 2. pr. ff. h. t.*

VIII. Cum omnibus iis, cum quibus juris Gentium est communio: *Etiam hostibus l. 17. ff. de legation. diss. Bart. l. 5. h. t. Senec. 5. de benef. 21. Hæreticis, Iacob. Schultes qq. pr. 70. Guiber. Cost. qq. c. 3. latronibus. Aliter Cic. 3. de offic. piratis, non solum si pacificantur de* [illegible] *familiari. l. 31. ff. depos. Sed & quæ sunt tales. Vide Grot. de J. B. & l. 3. 19. Hotom. qq. ill. 7. Excepto pacto inter Medicum & ægrotum. arg. l. 9. C. de prof. & Med. l. 3. ff. de Extraord. cog. Advocatum & Clientem de parte rei controversæ, quam quotam litis barbare vocant. l. 6. §. fin. l. 7. ff. mand. l. 53. ff. de pact. Quia est metus concussionis, quod cliens nihil non sit facturus: Et quædam litium redemtio. l. 15. C. de procur. Vide Cujac. 8. Obs. 31.* Advocatus cum cliente de quota litis pacisci nequit.

AD THES. IIX.

ETIAM HOSTIBUS] Hostibus fidem datam servandam esse certum est. Vid. Grot. *l. 3. c. 19. §. 1. ibique D. Ziegl.* Alia vero quæstio est, an hostibus liceat fidem dare, seu cum iis pacta inire? [illegible] privatis [juris privati autem synopsin exhibere vult Auctor] quoad talibus id licere non puto, quia per bellum rupta sunt vincula socialitatis, quæ iterum unire privatorum non est, sed eorum, qui Jus belli & pacis habent.

JACOB SCHULTES] Quem vide etiam *peculiari tract. de fide hæreticis religiose servanda.*

ALITER CICERO] Conf. Rachel. *ad dicti loci Ciceronis p. m. 573* Grot. *l. 2. c. 13. §. 15.* Defendere tamen conatur Albericus Gentilis *de J. B. l. 2.* [illegible] *4.* Ciceronis sententiam, sed frustra. Vid. Magnif. Dn. Ziegl. *ad Grot. d. l. 3. c. 19. §. 2.*

IX. De rebus omnibus, quæ sunt in commercio. * *Etiam alienis. diss. Wesenb. par. h. n. 6.* præsentibus & futuris. *l. pactum. 46. h. t. l. 3. C. de don. l. 73. de V. O. Non de viventium hereditate. l. 15. 19. 30. C. h. sive de succedendo, sive, de non succedendo pactum fuerit cum eo, de cujus hereditate agitur. Nisi miles pactus fuerit reciproce l. 19. C. h. t. Quod DD. ad paganos tamen extendunt. Gail. 2. obs. 126. Sin de tertii alicujus hereditate agatur, valet pactum, illo consentiente, & ad vitæ exitum in ea voluntate perseverante. l. 30. C. h.* * Etiam de alimentis futuris testamento relictis, De viventium hereditate pacisci non licet.

quæ legatarius donationis animo potest remittere. Quia quilibet id, quod sibi relictum, repudiare & non petere potest. Secus atque in transactione l. 8. de transact. Et factis licitis & honestis *l. 7. §. 7. & § 16. h. t. Non ergo licet contra jus publicum. l. 7. §. 14. h. l 5. C. de LL. Quod in quibus capitibus occupetur, docet Gœdd. ad l. 3. de V. S. n. 32.* Item non licet, ne quis possit monumentum in suo exstruere, aut invito vicino alienare. l. 61. ff. h. t. cui obloqui vulgo creditur l. ult. C. de pact. int. emt. Ne dolus præstetur. l. 23. de R. I. Ne furti, vel injuriarum agatur futurarum; Secus si pactum fiat, post admissa illa. l. 27. §. 4. h. l. 70. §. ult. de fidej. & mand.* Etiam de crimine capitali, excepto adulterio: *In aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, non licet citra falsi accusationem l. transigere C. de transact.*

De crimine capitali pacisci permissum.

AD THES. IX.

NON DE VIVENTIUM HÆREDITATE] Vid. supra *dissert. 9. th. 58.*

ETIAM DE ALIMENTIS FUTURIS] Adde Dn. Struv. *ex. 6. th 58.*

CUI OBLOQUI VULGO CREDITUR] Multæ quidem a Dd. vulgo referuntur conciliationes. Vid. Richter. *ad d. l. ult. C. de pact. inter emt.* Struv. *ex. 23. th. 28. ibique in resolut. p. 316.* Mihi tamen videtur *d. l. pen. ff. h. t.* per *d. l. ult. C.* esse abrogata, quod innuunt verba *d. l. ult. apud Veteres dubitabatur.* Adde tamen Struv. *d. ex. 23. th. 28.*

EXCEPTO ADULTERIO] Vid. infra *ex. 26. th. 7.*

Pactum nudum promissorium obligationem naturalem ipso jure tollit.

X. Effectus nudi pacti promissorii est, parere obligationem naturalem, *non obstante l. 7. §. 4. h. quæ de civili loquitur, ut ex antecedentibus d. l. 7. patet.* eamque vicissim ipso jure tollere. *l 95. §. 4. de solut. Obstat. l. 26. §. 2. ff. de pact. Ubi pactus debitor, ne creditor peteret, postea convenit ut is peteret. Dicit JCtus, prius pactum per posterius elidi, non ipso jure. Quare? An nata fuit naturalis obligatio, ex pacto priori? Utique: sed ▪ creditorem duntaxat stringit, quare debitor non fuit obligatus. Pactus ergo creditor, ut peteret, nunc debitorem demum obligatum habet; adest naturalis obligatio, quia debitor tenetur exceptionem, e pacto priori quæsitam, omittere, & solvere. Obligatio igitur naturalis, quæ tenet debitorem, ne utatur exceptione prioris pacti, nullam habet præce-*

Explicatur l. 26. §. 2. de pact.

den-

dentem aliam, quam tollat. Non enim priori pacto erat obligatus, ut necessario exciperet, de non petendo: sed creditor tantum erat obligatus, ne peteret. Non potest ergo posterior mea obligatio tollere priorem suam. Tum enim demum obligatio obligationem tollit, si unus idemque, qui prius obligabatur, nunc liberatur, aut vice versa. Liberatorii vero, quod exceptionem producat. *l. 27. § 2. h.* * *Civilem vero obligationem & actionem nullum tale pactum. l. 7. §. 4. l. 45. ff. h.* * *ne quidem judiciale, vel jurejurando confirmatum ullo jure (* neque Canonico quidem, quia id nullibi expressum l. Canon. Quamvis Ecclesiasticam disciplinam subire teneatur. c. 1. X. de pact.) producit. Quamvis dissentiat Mastertius lib. 1 de Just. Rom. LL. c. 2 n. 9. An vero usus contrarium forte an recepit? Dixerit quis, dum in dubio omnes promissiones præ se ferunt animum stipulandi, non etiam paciscendi, nisi promittens probaverit, se animo duntaxat paciscendi promisisse. l. 7. §. 12. neque hodie quidquam mutatum. In genere autem, pacti obscuri interpretatio nocet ei, cujus in potestate fuit legem apertius dicere. l. 39. de pact.* Alia ratio est pactorum legitimorum, quæ & obligationes civiles ipso jure tollunt & actiones pariunt. *l. legitima 6. h.*

Nudum pactum liberatorium exceptionem quidem, sed non actionem producit.

Pactum nudum nec moribus nostris actionem producere videtur.

AD THES. X.

EAMQUE VICISSIM IPSO JURE TOLLERE] Sed hic effectus est pacti liberatorii, non promissorii, *d. l. 85. §. 4. de solut.*

QUOD EXCEPTIONEM PRODUCAT] Liberatorii effectus, vi definitionis, est, nullam producere obligationem, sed priorem obligationem tollere saltem. Et quidem, si naturalis præcesserit obligatio, tollit eam ipso jure *d. l. 95. §. 4. de solut.* si civilis, tollit ope exceptionis *§. 3. Inst. de except.* Quod vero dicit *l. 27. §. 2.* liberatorium pactum exceptionem producere, & huic exceptioni opponendam esse replicationem: præsupponuntur & ibi termini habiles, scil. quod præcesserit ibi obligatio civilis. Nam alias nulla actio potuisset institui, neque opus habuisset conventus hac exceptione. Ergo sensus legis est; civilem obligationem elidi quidem per exceptionem pacti liberatorii, sed hanc exceptionem iterum elidi per replicam pacti promissorii, vel, si mavis, restitutorii. Conf. Struv. *ex. 6. th. 6.*

CIVILEM VERO OBLIGATIONEM] Hic effectus iterum magis spectat ad pactum nudum promissorium, quod liberatorium, quia libera-

beratorium ne quidem naturalem obligationem producit, sed priorem saltem tollit.

VEL JUREJURANDO CONFIRMATUM] Quia accessorium sequitur naturam sui principalis. Conf. Struv *ex. 17. th. 22.*

NEQUE CANONICO QUIDEM] Imo Canonico jure omne pactum deliberatum producit actionem *c. 1. & 6. de pact. can. juramenti qu. 5. c. 25. can. puellæ qu. 1. c. 20.* ergo multo magis si juramentum accesserit, *ad d. c. 9. in fin. de arbit. c. 9. de jurej. c. ult. de for. compet. in 6.* Struv. *ex. 6. th. 17. & d. ex. 17. th. 22. & utrobique in resol.* ubi respondet adcationes dissentientium.

DISSENTIAT MÆSTERTIUS] Qui putat pactum nudum etiam de Jure civili producere actionem proque eo facere videntur *l. 10. de O. & A. l. 3. §. 4. de condict. caus. dat. caus. non. sec. l. 6. de transact. l. 7. §. 7. h. t.* Sed [redacted] hos textus respondet Struv. *in resolut. ad ex. 6. th. 17.*

NEQUE HODIE QUICQUAM IMMUTATUM] Imo hodie omnino mores recesserunt a jure civili, utpote quibus ex omni pacto deliberato conceditur actio seu condictio ex moribus. Vid. Struv. *ex. 6. th. 17. Schilter. ex. 8. th. 5.* [quanquam hic condictionem ex moribus agnoscere nolit, sed actionem in factum, quod tamen nobis perinde est, cum nomina actionum hodie non opus habeamus in libello exprimere] quod nec ipse Auctor negare videtur. Quod vero idem de Jure civili obtinuisse putat, id non solum cum priore ejus a Mæstertio dissensione parum convenit, sed nec per *d. l. 7. §. 12.* hic probatur. [redacted] ea quippe lege minime dicitur, omnes promissiones pro se ferre animum stipulandi [uti putat Auctor] sed illas tantum scriptas promissiones, in quibus clausula: *Rogavit Titius, spopondit Mævius*, deprehendebatur. Jam vero pacta non dubium est etiam viva voce facta esse, *Conf. Struv. ex. 4. th. 34.* & in scriptis, v. g per epistolam *l. 2. pr. d. t.* si fierent, non præsumendum est clausulam istam fuisse appositam. Ergo in his de Jure civili præsumtio stipulationis non erat, neque adeo ea actionem pariebant. Accedit, quod *l. 7. §. 12. h. t.* admittat probationem in contrarium, per quam si reus docuisset stipulationem non intervenisse, elidebatur actio, utpote quæ saltem ex stipulatu [præsumto] dabatur. At moribus, quamvis notorium sit stipulationem non fuisse contractam, actio ex pacto subsistit.

Pacta in continenti contractibus adjecta vel adjiciunt vel detrahunt illis.

XI. Pacta contractibus in continenti adjecta, *vel adjiciunt, vel detrahunt illis. Adjicere, est obligationem augere, ut plus ex pacto debeatur, quam per naturam contractus alias deberetur. Detra-*

hunt

Adjicere. Detrahere. Substantia. Adminicula.

here, est aliquid de obligatione & actione auferre, quominus agi possit. Et aut substantia aut adminiculis. Per substantiam seu naturam internam, formamque essentialem intelligitur contractus materia aut forma. Adminicula intelliguntur Papiniano in l. 7. de contr. emt. quæ sunt de contractuum natura externa d. l. Iurigentium. 7. §. 5. de pact. l. 5. §. 4. de præscr. verb. l. 1. §. 1. de act. emt. vel ab essentia contractus intrinsecus fluunt, propriæ contractuum affectiones, Doctoribus naturalia, nempe præstationes, quæ in singulis ferme contractibus vel quasi, naturaliter insunt judicii potestate, ut loquitur l. 11. §. 1. de A. E. Et sic omnia, quæ qualitates & accidentia contractuum respiciunt, privatumque contrahentium commodum spectant. Denique modus, accessio, tempus, conditio; Vocantur alias obligationum causæ in l. 27. de R. I. & l. 44. de O. & A. Iustinianus παρακολουθήματα. Paulus in l. 5. pr. ff. de A. E. Vocat, Reliqua, quæ per consequentias emtionis propria sunt; Ulpianus in l. 13. §. 3. de Maj. & l. 5. §. 7. ff. de reb. eor. qui sub tut. Cetera venditionis, ut est rei traditio, de evictione stipulatio, seu cautio, dupla. d. l. 72. & d. l. 13. §. 3. Vide Iacob. Godofr. ad l. 27. de R. I. pag. 161. Vel plane extra naturam rei aliunde adveniunt, seu extranea quædam adjiciunt, salva manente substantia contractus, seu itaque substantiæ seu adminiculis adjiciunt in contractibus bonæ fidei insunt, *contractus ipsos informant*, adjicientia quidem ex parte actoris, *jus actoris augent l. 7. §. 5. 6. l. 27. de pact. Quia sunt ejus contractus pars. l. 72. de contr. emt. l. 6. §. 1. de A. E.* Non *novam præscriptis verbis actionem producendo. l. 1. 2. 3. de præsc. verb. sed regularem cujuslibet contractus actionem informant. l. avia 6. C. de Iur. dot. l. 4. de leg. commiss. si enim competat præscriptis verbis actio, necessum, concedamus virtute pacti, non contractus, nasci. At ex pacto non datur actio. Ergo nec præscriptis verbis. 2. Quia pactum est accessorium contractus, quod sequitur suum principale. 3. Quia actio præscriptis verbis tum competit, cum nulla alia actio superest. l. 21. de præsc. verb. Nisi forte sit tale pactum, quod contractum resolvit, qualia l. 2. C. de pact. int. emt. & vendit. l. si vir. 12. ff. de prescript. verb. l. 50. ff. de contr. emt.* In stricti vero juris contractibus ex parte Rei dun-

Pacta adjicientia in contractibus b. f. ex parte actoris insunt.

Eaque non producunt actionem præscriptis verbis.

taxat. *l. 13. C. de pact. l. 7. §. 5. w. eod. a contrario sensu. l. 40. ff. de cert. pet.*

AD THES. XI.

ET AVT SVBSTANTIÆ, AVT ADMINICVLIS] Doctrinam de contractus essentialibus, seu substantialibus, item naturalibus ac accidentalibus clarius proponit Dn. Struvius *ex. 6. th. 13.* sed in eo tamen videtur fallere, quod substantialia consecutiva a naturalibus separet, cum tamen revera sint unum & idem. Mihi sic videtur: Quicquid de contractu prædicatur ut genus & differentia, id est *essentiale s. substantiale*, quicquid ut proprium est *naturale*, quicquid ut accidens, est *accidentale*. Et consentit huic explicationi Auctor hic, nisi quod in terminis discrepet; Substantialia enim vocat naturalia interna, naturalia dicit adminicula a natura externa; accidentalia vocat adminicula plane extra naturam.

CONTRACTUM RESOLVIT] Hæc distinctio non tollit litem, tum quod in *l. 50. ff. de contrah. emt.* non loquatur JCtus de pacto resolutorio, tum quod *lege 4. de leg. commissor.* expresse mentio fiat pacti resolutivi, & tamen dicatur actio ex contractu esse danda. Mihi post alios ita videtur dicendum: Inter Sabinianos & Proculianos olim fuit discrepantia: Illi hoc casu actionem ex contractu dederunt, uti refert aperte Paulus *l. 6. de rescind. vendit.* quos secutus est Vlpianus *l. 50. ff. de contrah. emt.* [ubi particula ETIAM videtur esse correctoria] Contra Proculus, cujus est *l. 12. de præsc. verb.* actionem præscriptis verbis dedit, quem secutus fuit Labeo *d. l. 50 de contrah. emt.* Paulus dubitat, quam sententiam debeat amplecti *d. l. 6. de rescind. vend.* Dubitanter etiam loquitur *d. l. 2 C. de pact. inter emt. & vend.* [nisi in verbis: *vel ex emto* particulam *vel* pro correctoria habere velis] donec per rescriptum Antonini & Severi, Sabinianorum opinio [quorum rationes hic exponit Auctor] fuisset approbata *d. l. 4. ex. de leg. commiss.*

EX PARTE REI DVNTAXAT] Scil. ejus videtur esse opinionis Auctor, quod pacta in continenti adjecta contractibus stricti juris non actionem pariant, sed saltem reo prosint, & actionem alterius ipso jure tollant, quam sententiam defendit Dn. Struv. *ex. 6. th. 28. & ibi late in resolut.* Mihi placet contraria opinio, inesse scilicet etiam ex parte actoris pacta stricti juris judiciis in continenti adjecta. Ratio enim cur pacta in continenti adjecta insint contractibus, ea est, quod sint contractuum accessoria. Quæ ratio hic quoque obtinet. Deinde cum Dn. Struvius concedat, pacta contractibus stricti Juris in continenti adjecta ipso jure detrahere, vides inde inferre posse: Quicquid obligatio-

gationem civilem ipso jure tollit, id etiam habile est, si opus sit; ad dandam actionem civilem. Latius sententiam hanc exequitur, atque ad leges Auctoris respondet Franzkius *ad tit. de contrah. emt, n. 423. seqq. p. m. 511. seqq.*

XII. *Pacta detrahentia itidem vel substantiæ, vel naturalibus contractuum detrahunt. Si contra substantiam contractus apponantur, vel sunt juri contraria, vel non. Illa nec ad exceptionem doli prosunt. Quæ juri directo non contrariantur, ea, prout contractum magis aut minus oppugnant, ejusq; substantiæ adversantur, aliquando transformare contractum solent, ut in l. 6. §. 1. de A. E. l. 80. §. ult. de cont. emt. Aliquando alterare & contractum irregularem efficere solent. l. 24. & 26. ff. depos.* Pacta detrahentia.

XIII. Pacta ex intervallo adjecta, & in B. F. contractibus & in strictis, *sive agant de substantia contractus: (quo casu aut est res integra & recessum videtur a priori contractu & novus initus. 2. de resc. vend. Aut non est integra, puta vel traditio ex parte venditoris: vel solutio pretii ex emtoris intercessit, & recedi non potest a contractu. l. 6. in fin. de contr. emt. Nisi retro actis omnibus, quæ prius fuere acta. l. ab emtione. 150. de pact.) sive de adminiculis &* tam detrahentia, quam adjicientia ex parte actoris non insunt: *Seu non pariunt actionem: sed exceptionem. l. 13. C. de pact. Quia hæc pacta longo intervallo post contractum facta, ejus contractus pars fieri non possunt: Propterea manent nuda, & ad producendam actionem inepta. Nec obstat. l. 72. de contr. emt. quoad pacta detrahentia, dicens hæc contractu contineri videri. Nam ex conditione rei hæc verba interpretanda. Utilitas ergo, quia horum pactorum tota est in excipiendo, non agendo, nec casus fingi potest, quo ex tali pacto actione indigeas, dicuntur contineri contractu, quoad exceptionem.* Pacta ex intervallo adjecta. Explic. l. 72. de contrah. emt.

AD THES. XIII.

ET NOVUS INITUS] Per pactum nudum, etiamsi sit res integra, novus contractus non initur, sed receditur saltem a priori, atque adeo parit tantum exceptionem. *Lex 2 autem de rescind. vend.* non mentionem facit pacti adjecti, sed novæ plane emtionis.

Error pactum ipso jure nullum facit. Dolus & metus non item.

XIV. Adversantur pactis error, *l. si cum te. 51. h. t.* qui pactum ipso jure nullum facit, *quoniam consensum impedit. l. si per errorem. 15. ff. de jurisd.* dolus & metus, qui *pactum ipso jure non facit invalidum, quia non prorsus consensu destituuntur. Nam qui decipitur, magis errat in causa pacti, quam in ipso pacto. Qui ex metu promittit, similiter quoque consentit, etsi coacte. l. si mulier. 21 §. pen. ff. quod met. caus. Sic qui in carcere est, regulariter paciscit nequit. l. qui carcere. 22. ff. Quod met. caus. Farin. late p. 1. de carcer. q. 35. ipsi autem carcerati recte contrahunt inter se. l. Nam & Servius. 21. pr. ff. de N. G. Ita respondit Ordo Iur. Lips. Anno 1634. Mense Martio Mülhusam. Et hi* conventionem vel per actionem, vel exceptionem infirmant. *Vide Wesemb. parat. h. t. n. XI.*

AD THES. XIV.

DOLUS ET METUS] An dolus & metus gestum faciant ipso jure nullum, dicetur infra ad *dissert. 27. th. 15. 16.*

Conventiones quædam sunt, quæ præter Consensum, nomen vel causam habent. Causa quid?

XV. Restat, ut de conventionibus, quæ, præter consensum etiam peculiare ac proprium Jure Gentium nomen, vel, *eo deficiente*, causam habent, dicamus. *Intelligimus autem hic causam externam, impulsivam quæ nos movet, ut alteri nos obligemus, spe recipiendi aliud ab ipso, facitque utrumque & creditorem & debitorem, diversorum tamen objectorum.*

AD THES. XV.

NOMEN VEL CAUSAM HABENT] Respicere Auctor videtur *ad l. 7. §. 1. & 4. de pact.* ubi nominis & causæ fit mentio. Explicat autem hic loca, quasi ad omnem contractum requiratur, cum tamen certum sit *in d. l. 7.* nomen ad contractus nominatos, causam ad innominatos restringi. *Vid. disput. B. Dn. Schilt. anno 76. habitam de nomine & causa. Vid. etiam th. 29. hic & dissert. 46. th. 1.*

Contractus accipitur vel improprie.

XVI. Contractus *in jure accipitur vel improprie, & quidem late de actibus obligationem quomodocunque inducentibus, qualis est ex judicialibus litis contestatio, l. 3. §. 11. de pecul. jusjurandum, confessio: Matrimonium, item ex extrajudicialibus, divorti-*

tur, transactio. Quin & actus testandi. l. eandem. 9. de duob. reis, l. cum a nobis. 28. de test. tuto & de delictis. l. 52. de re jud. l. 7. §. 2. de adm. & per. tut. l. 16. §. 1. ff. de his, quæ indig. Stricte de contractibus διπλεύροις, ut in l. 19. de V. S. quam significationem tum demum vox ista habet, quando actis & gestis opponitur, ut in materia restitutionis, de qua Ulpian. in lib. 11. ad Edictum egit. Vel proprie & est conventio obligationem efficacem suapte vi producens.

Vel proprie di- tum quid est?

XVII. Dividuntur contractus in B. F. & stricti juris. *Quamvis enim hæc appellatio ex formula Prætoris, actionibus præscripta, sit nata: Tamen quia Prætor formulam naturæ actionis accommodavit, * nil vetat, quo minus & contractus ipsi ita distinguantur, uti in l. in bona. 13. C. de pact. l. 3. C. in qu. caus. in int. rest. l. 3. C. de reb. cred. l. cum qui. 22. de don. l. mora. 32. §. in bona. ff. de usur. l. initio. 11. §. ult. de A. E.* Illic obligatur alter alteri in omne id, quod ex æquo & bono præstandum, *etsi expresse de eo non convenerit.* In his ad illud tantum, quod inter partes actum est.

Contractus b. f. & str. juris quinam?

AD THES. XVII.

INTER PARTES ACTUM EST] Quænam sit vera ratio, cur in contractibus b. f. agatur ex æquo & bono, latiusque adeo habeat arbitrium judicis, secus in contractibus stricti juris, Dd. variant. Mihi ideo videtur cum aliis factum, quod contractus b. f. plerumque proportione aliqua nitantur, & ab altera parte æquivalens aliquid expectent, quod in se ob incertum & variarum rerum pretium non est determinatum, sed a judice ex æquo & bono determinandum, e. g. emtio, venditio, locat. conductio. Contra in contractibus stricti juris, v. g. mutuo, stipulatione &c.

XVIII. Secundo, in contractus, qui ultro citroque obligatorii: Et ex una tantum parte, *uti sunt mutuum, stipulatio. Dicuntur autem διπλευροι illi, qui statim ab initio & per se utrumque contrahentium, ad quid præstandum, vel faciendum, certa actione obstringunt, & in quibus præstatio contractum jam perfectum, tanquam effectum sequitur. Unde quia, v. g. nemo cogi potest, ut credat*

Contractus διπλευροι

*dat nummos suos, Ideo ex parte creditoris nulla obligatio est, qua ad numerationem cogatur, nulla actio: Sed unica tantum obligatio & actio certi condictio, contra accipientem est prodita: * Ideo non est mutua præstatio in mutuo, qua contractum perfectum sequatur: Sed illa rei datio contractum mutui præcedit, & hoc ipsum factum est, quo contrahitur seu quo contractus constituatur. Quidquid alii & Frehero, omnes contractus διπλευρεῖς statuentib. par. 16. videatur.*

An & mutuum sit contractus διπλευρ⊙.

AD THES. XIIX.

STATIM AB INITIO ET PER SE] Duæ sunt circa divisionem præsentem applicationes. Prior ita procedit: Contractus μονόπλευρος est, qui per se ex una tantum parte producit obligationem. Et hic est duplex, vel perpetuo talis, veluti mutuum, stipulatio &c. vel per accidens διπλευρος, veluti mandatum, depositum &c. & in omnes, in quibus datur actio contraria. Contractus διπλευρος est, qui statim ab initio & per se mutuam producit obligationem; uti illi contractus, ex quibus utrinque datur actio directa. Hanc explicationem videtur sequi Auctor *h. l. Conf. Bachov. ad πρωτ. p. m. 570. seq.* Altera omittit τὸ per se, & dicit contractum μονόπλευρον esse, qui ex una parte tantum producit obligationem; uti sunt mutuum, stipulatio, indebiti solutio, contractus innominati omnes. Contractum vero διπλευρον vocat, qui utrumque contrahentium obligat, eumque postea subdividit, quod sit vel ab initio talis [qui in priori explicatione erat διπλευρος simpliciter] vel ex post facto [qui ab Auctore refertur ad μονοπλεύρους] *Vid. Eckolt. de reb. cred. §. 4. & de O. & A. §. 16.* Utraque explicatio poterit adhiberi, posterior tamen in scholis nostris videtur esse receptior. *Conf. Schütz. comp. Jur. de pact. p. m. 36. lit. L.* Dn. Struv. *Exerc. 19. th. 6.* cuique favet *pr. Inst. de Act. ...*

OMNES CONTRACTUS διπλευρεῖς] Adducit *l. 19. de V. S.* Sed vid. Struv. *exerc. 6. th. 29. n. 3.*

Contractus est vel verus vel quasi.
Essentia quasi contractus in quonam consistat?
Contractus verus est vel nominatus vel innominatus.

XIX. Tertio contractus vel est verus, seu proprius, in quo utriusque contrahentium consensus vere & ab initio interponitur: Vel impropeius, seu quasi contractus, in quo consensus mutuus interpositus non est: Sed ex legis præsumtione pro interposito habetur. Ille vel est nominatus, qui certam & definitam naturam ideoque certum & speciale nomen a jure habet. Quorum sunt quatuor, aut enim re contrahuntur, aut

aut verbis, aut literis, aut consensu. §. *ult. Inst. de oblig.*

AD THES. XIX.

CERTAM AC DEFINITAM NATURAM] Rectissime Auctor non in solo tantum nomine essentiam contractus nominati quærit cum aliis, sed in certa ac definita natura, scilicet ad certum objectum & modum. Vide omnino *d. disput. D. Schilteri de nomine & causa cap. 1. §. 4. - 14. & c. 2. §. 3. - §. 19. Conf. Strub. ex. 6. th. 31.*

XX. Cæterum contrahere possunt, qui pacisci, *tam peregrini, quam cives. Quia contractus sunt juris gentium. l. 7. pr. ff. de pact. l. 17. §. 1. de pœn. l. deportatus. 15. de interd. & rel.* tam sui, quam alieni juris. *l. 1. ff. Quod cum eo. l. 1. π. de pecul.* Monachi, permittente Abbate. *c. non dicatis 11. c. 12. q. 1. aut si in rem monasterii vertant. c. 4. X. de fidejuss.* Princeps & Augusta. *l. Cæsar. 15. π. de publican. Solet autem princeps per procuratorem contrahere, a quo acta & gesta perinde habentur, ac si ipse Princeps egisset, gessisset. l. 1. pr. ff. de off. Proconf. Cæterum de contractibus Principum, quando ex illis cum Principes ipsi tum eorum successores obligantur, & quando adhibere debeant consilium statuum Provinciæ, vid. P. Wesemb. cons. 2.* Mulier. *An vero jur. Sax. mulier maritata, solo mariti consensu, absque peculiaris curatoris auctoritate, valide contrahat & bona immobilia alienet, dissentiunt Dn. Antecessores Lips. & JCti Scabinatus. Vide Dn. Carpzov. p. 2. constit. 15. def. 19. His affirmantibus. Quibus accedunt JCti Wittebergenses Rauchbar. p. 1. q. 2. n. 39. Wesemb. vol. 1. cons. 11. n. 17. Schulz. Inst. quib. alt. lic. tit. d. & Ienenses Coler. p. 1. decis. 66. 3. Et pro hac sententia decidit nuper Elector Saxon. decis. 24. Exceptis duobus casibus: Nimirum nisi curatorem habeat ad universas lites & causas constitutum: Et nisi appareat Maritum sui lucri causa contractui consensisse,* Wenn zu vermercken / daß der Ehemann den *Contract* zu seinen eigenen Nutzen geschlossen / und das unbewegliche Gut / wegen künfftiger *Succession*, ihm zum besten / zu Gelde gemachet / das Eheweib aber dabey keinen Kriegischen Vormunden gehabt / so ist sie solchen *Contract* zu hinderziehen wohl befugt / etc / Conjuges, *nisi fiat donationis causa l. 5. §. circa venditionem. ff. de don. int.*

An mulier maritata solo mariti consensu valide contrahat & immobilia alienet? Affirm. Excipiuntur duo casus.

int. V. & ux. Piratæ & latrones *etiam de re, quam mala fide possident. l. bona fides. 31. ff. depos. l. non unde. 7. C. si cert. pet.*

AD THES. XX.

QUIA CONTRACTUS SUNT JURIS GENTIUM] Si hæc ratio admittitur, sequeretur in contractibus, qui sunt juris civilis, peregrinos non admitti, quales communiter a Dd. *ad §. 2. Inst. de J. N. G. & C.* recensentur stipulatio, literarum obligatio, donatio propter nuptias, contractus emphyteuticus. Quicquid hujus sit, certum est hodie, postquam a solennitatibus juris civilis ad simplicitatem J. G. deventum est, iterum peregrinos ad contractus regulariter admitti, nisi jure provinciali, municipali, in specie prohibeantur. *Vid. Dn. Schilt. disp. de jure peregrin. §. 24. 33. 44.*

QUANDO EX ILLIS CUM PRINCIPES] Quæstio hæc ex juris privati principiis decidi nequit, cum sit juris publici, seu naturalis, neque VVesenb. *cons. 2.* de hac quæstione agit. *Vid. potius Grot. lib. 2. c. 14. ibique Commentatores.*

XXI. Deque his rebus, de quibus licet pacisci, *corporalibus & incorporalibus pr. Inst. de inut. stip.* Sive genus sit, *homo*, sive species, *Stichus l. 2. pr. de reb. cred.* res universalis, *ff. & C. de her. vel act. vend.* dividua, vel individua. *l. 2. ff. de V. O.* Futura. *l. nec emtio. 8. pr. de contr. emt.*

Contractus regulariter ad heredes transit.

XXII. Effectus in genere est, quod contractus regulariter ad heredes transeat. *l. 2. §. ult. ff. de stip. prætor. l. 4. C. de her. act.* * *Etiamsi actio in persona contrahentis non inceperit. l. un. C. ut act. ab her. & cont. her.* sive sit perpetuus, sive temporalis. *l. diem. 10. C. de loc. Etsi persona contrahens sit expressa. l. si necessarias. 8. §. pen. ff. de pig. act. Nec fiat mentio heredis. d. l. si necessarias. Et conditio obligationis pendeat. l. 8. ff. per. & com. rei vendit. l. 57. de V. O.*

Debitum, creditum quid?

XXIII. *His modis constitutæ* obligationis (*Nam de facto illicito, delicto, suo loco agetur*) finis est rei alicujus solutio, seu præstatio. *l. 3. de O. & A. quæ vocatur debitum respectu debitoris. l. 11. §. debitum. de const. pec. l. 10. de V. S. creditum respectu creditoris. l. 1. & seq. de R. cred. sit nomen. l. 6. de V. S.*

Digitized by Google

DISSERTATIO XIII.

De

Contractibus, qui Re ineuntur.

RESPONDENTE

MICHAELE PREUKIO, REGIOMONT.

APHORISMUS I.

EX Contractibus nominatis, *cum Cajo & Justiniano* reales primo loco ponimus, *cujus ordinis rationem tradit Wesemb. de rebus cred. n. 3. & 5.* Dicitur autem re contrahi obligatio, quum res ex conventione tradita initium præbet obligationi. *l. 1. §. 2. de Rer. perm. qua quis ad eandem rem in genere vel specie reddendam obstringitur. Adeo hoc loco accipitur formaliter, quia contractus isti, præter consensum, ad formale complementum, insuper requirunt rei, traditionem.* Eorum quatuor, * *neque pauciores jure Justiniano, moribusve nostris, ut vult Gipban.* sunt species, * *neque augent numerum dos, arrha datio, contractus innominati, donatio propter nuptias, precarium, judicatum, jusjurandum, ut Donellus & alii volunt.* Mutuum, commodatum, depositum, pignus.

Quo sensu Re contrahi obligatio dicitur?

II. Mutuum est, *ut Varro definit, vide lib. 4. de LL. Confer. Cujac. 11. Obs. 37. Salmas. 1. de usur. 1.* contractus realis, * *proprius, non quasi contractus, stricti juris,* quo rei nostræ, *alienæ enim mutuo dari nequit, quia quum dominium transferendum sit; nemo autem quod non habet, transferre possit. l. 54. de R. J. Igitur alieni mutuum non subsistit.* * *Nec ex postfacto convalescit per consumptionem. l. 12. in fin. & l. seq. ff. de Reb. cred.* * *quia nullibi legitur, mutuum hoc casu fieri: sed condictionem tantum competituram.* fungibilis, *quæ in genere suo functionem recipit per solutionem magis, quam specie. l. 2. §. 1. n. d. t. id est quarum una ita alterius vice*

In mutuo dominium transferendum.

Alieni mutuum non subsistit; neque per consumtionem ex post facto convalescit.

vice fungitur, ut qui aliud numero, sed tantundem reddit, idem reddidisse videatur. * *Quod functionis verbum præter necessitatem corrigit, qui suffectionem legit, Salmasius. Late post alios Iacob Godofr. differt. de functione & æqualit. in mutuo. pag. 25. Cujus tamen alia emendatio pro, SOLUTIONEM. QUAM, scribentis, SOLUTIONEM ÆQUAM SPECIE, non est necessaria*, dominium in accipientem transfertur, *pr. Inst. h.* * *adeoque alienatur res, l. si forsis 16. de R. C. l. ejus. 41. vers. quas pecunias. & v. neque enim ff. eod. l. 27. §. 2. de aur. & arg. leg. l. 1. C. de fund. dot. l. 67. de V. S. §. 2. Inst. quib. al. licet. l. 9. ff. de auct. tut. Quam consequentiam omnis avi ICtis probatam, ob perperam intellectam. l. 55. ff. de solut. & alias qualescunque rationes satis imperite negavit Salmasius, a quam pluribus ICtis Germaniæ, Belgis, Gallis, a nemine nervosius sed & urbanius refutatus, quam Fabrotto.* ea lege, ut tantundem in eodem genere. *Ex intentione contrahentium. Non ergo idem numero, seu eadem, quæ data species. pr. Inst. quib. mod. re contrah. l. mutuum. 2. pr. ff. de Reb. cred. Quamvis ex eventu, seu per accidens id fieri possit, quod tamen contractus naturam evertere nequit. arg. l. 1. §. 12. & seq. ff. depos. l. 8. in fin. pr. π. mand. Invito etiam creditore, quia genus reddi favore debitoris receptum. Ergo per. l. pen. C. de pact.* restituatur.

Cujus rei dominium in accipientem transfertur, ac alienatur.

In mutuo idem numero restitui non debet.

AD DISSERTAT. XIII.

AD THES. II.

SED CONDICTIONEM TANTUM COMPETITURAM] Scilicet non condictionem certi ex mutuo, sed condictionem sine causa. *Vid. Strub. ex. 16. th. 25.*

A QUAM PLURIMIS] Vid. synopsin harum refutationum apud Stapenium *in disput. inaugur. de alienatione in mutuo Jenæ habita.*

III. Mutuum dare possunt omnes, qui contrahere, *l. 32. de R. cred.* atque rerum dominium pariter. *d. l. 2. §. 4. §. de R. cred.* & administrationem habent. *l. 5. π. de R. I. l. non omnis, 19. §. si pupillus ff. h. t. Nequeunt ergo pupillus, minor curatorem habens,*

pro-

prodigus. *At consumtis bona fide nummis, datur condictio. l. 11. §. 2. cum l. seq. d. l. 19. §. 1. h.* * *Non datur, si mala fide, d. l. 11. §. fin. Qui enim dolo consumsit, pro possessore est; l. 131. de R. I.* * *Id oque datur actio ad exhibendum, §. 2. Inst. quib. al. lic.* *Prohibentur vero Præsides provinciarum, durante officio, in sua provincia per se, vel per alios mutuum dare, per l. 33. de R. C. l. 3. C. si cert. pet.* * *quam prohibitionem puto in nostris magistratibus non cessare, quod perpetui. Nam prohibitionis ratio erat conquussionis suspicio; quæ & in his durat. d. l. 34. h. t. vid. Bachov. ad Tr. th. 4. in fin.*

Præsides provinc. mutuo dare nequeunt; sicut nec hodierni magistratus.

AD THES. III.

NON CESSARE] Quicquid sit; cessare tamen ipsam dispositionem, docet experientia. *Vid. Gronov. & Brunnem. ad l. un. C. de contract. jud.* quorum posterior respondet etiam Bachovio: scil. concussionis suspicionem in magistratibus perpetuis non adesse, cum horum potestas plerumque magis sit restricta.

IV. Accipere possunt iidem, qui dare, *pupillus cum autoritate tut. l. 9. §. idem erit. π. de R. C. l. 5. pr. ff. de auctor. tut.* *Minor curatorem non habens l. 7. §. 1. ff de min. (nisi creditor eum perditurum sciebat. l. 24. §. restitutio ff. de min.) Sed ejus, qui habet, obligatio invalida est.* *Etiam* præses, *non tamen gratuitam; sed fanebrem. l. 34. §. 1. ff. h. nec obstat l. quis. 16. C. si cert. pet. Pac. 3. ἐναντ. 75. Aliter Salmas. 1. usur. 5. p. 106.* *Et tutor cum auctoritate contutoris, pecuniam pupilli, l. non existimo. 54. ff. de admin. tut.* Civitas & *Universitas, si cives universi, vel consilium universam civitatem repræsentans, acceperit, obligatur arg. l. 15. ff. ad SCt. Mac. juncta. l. 1. ff. de pact. Quod si administratores civitatum & Syndici, civitas non obligatur, nisi in rem civitatis versum creditor probet. l. 27. ff. h. t. arg. Nov. 120. c. 6. §. 3. An civitates teneantur ex mutuo, quod non in utilitatem ejus conversum, sed in ærarium provinciæ* in die Landschaffts Cassa *translatum fuit. Vide Menzium decis. 1.*

Universitas quat. ex mutuo obligetur.

AD THES. IV.

NEC OBST. L. QVISQVIS XVI. C. SI CERTUM PETATUR] Quæ intelligenda est de litigantibus, quod ab iis judices non pecuniam fœne-

brem

brem sumere, possint autem a reliquis *d. l. 34. §. 1. hic Brunnem. ad d. l. 16.*

Filiofam. pecunia mutua dari nequit ob SCt. Maced.

V. Sed filiofam. *qui talis est in tempore, quo pecuniam accipit. l. 3. §. ult. l. 4. 5. 6. ff. h. pagano. (etiam in dignitate constituto.) l. 1. §. ult. ff. h.* * Nisi sit talis dignitas, qua patr. pot. tollat, non militi, l. 1. §. ult. ff. l. ult. §. 1. C. eod.* Quod si habeat peculium quasi castrense, puto cessare quoque SCtum.* Prohibet SCtum Mac. *l. 1. ff. de SCt. Mac.* *Quo pertinet illud Terentii Phorm. 1. 5. Hui, dixti pulchre, siquidem quisquam crederet te vivo. Conf. Grot. Spars. flor. p. 118. Factum tempore Claudii, ut vult. P. Fab. 1. sem. ult.* dari pecuniam. *Nam vinum, frumentum, oleum licet, nisi id fiat in fraudem legis. l. 7. §. 3. π. ad SCt. Mac.* mutuam. *Ergo ad alios contractus SCtum non pertinet. l. 3. §. pen. & l. 3 C. h. t. Nisi fraus fiat SCto ita, l. 7. pr. ff. eod. a* creditore sciente, *vel qui scire potuit, aut debuit, accipientem esse in potestate, l. 3. pr. §. 1. & §. proinde l. 1. & 2. C. eod.* Invito patre, *l. si tantum. 12. ff. l. 2. v. ult. C. h. sed nepos & avi consensum habere debet. l. 14. ff. h.* In causas non necessarias *& quarum sumtus a patre non sunt faciendi, neque a filio eo conversi. l. 7. §. sed etsi. & seq. ff. l. 5. C. eod.* Adeo ut neque a patre, neque ab ipsis peti possit, *etiam soluta potestate, §. 7. Inst. quod cum eo, qui cum in alien. l. 1. pr. ff. h.* * *Etsi filius se soluturum juraverit, vel exceptioni SCti renunciaverit, arg. l. 11. ff. d. t. quia SCtum non favore filii, sed patris introductum. l. 3. §. pen. vers. nam pecunia.*

AD THES. V.

SE SOLUTURUM JURAVERIT] Limitat hanc sententiam Dn. Struv. ex. 17. *th. 33.* ut tunc procedat, si fraus foeneratoris subsit, vel pecunia male impensa, vel in perniciem patris exactio tendat.

VI. Competit hoc beneficium filiofam. parenti ejus, *l. sed si paterfam. §. quamquam. h.* heredi, fidejussoribus & mandatoribus, *nisi animo donandi, vel voluntate patris intercesserit, d. l. §. non solum* correo filiofam. *si in fraudem SCti adhibitus sit, l. 7. §. 1. ff. eod.* contra creditorem, *l. 7. §. non solum.* *Etiam civitatem, l. ni-*

*l. nihil. 15. Et successores ejus, * nec non eum*, cui actio cessa à creditore.

VII. Non datur contra pupillum, *quia per ætatem non potest scire conditionem ejus, cum quo contrahit, tum quia sine tutore pecuniam non satis accipientis, ideoque nec contrahit mutuum. Minorem. l. 3. §. proinde. ff. ad SCt. Mac. Si tamen solutum sit, repeti non potest condictione indebiti. Quia subfuit naturalis obligatio. l. 9. §. ult. de SCt. Mac. Sed tamen si filiusf. solvit de peculio profectitio, datur patri rei vindicatio. l. si filiusf. 14. ff. de R. cred.* Benefic. SCt. Macedon. non datur contra pupillum.

AD THES. VII.

TAMEN SOLUTVM SIT] Scil. a filiofamilias sui juris facto, aut ex peculio castrensi, aut adventitio irregulari. Vid. tamen, quoad hoc, Schütz *comp. h. t. p. m. 191. lit. a.*

DE PECULIO PROFECTITIO] Imo & de adventitio, nisi in specie donatum sit, ut solvat *l. 9. §. 1. ad SCtum Macedon.* Add. Struv. *ex. 20. th. 56.*

VIII. Contrahitur mutuum in rebus *fungibilibus*, quæ numero, pondere & mensura æstimantur, *quæ uno nomine vocantur quantitas, l. 8. juncta l. 21. C. locati. quo verbo non sola pecunia numerata: non abstracta designatur quantitas; sed res quanta. l. 1. §. 7. ff. ad L. Falc. l. 94. § 1. ff de solut. L. 2. ff. de contrah. emt. ut aurum, argentum, vinum, triticum, &c. * tales sunt quoque panes, carnes, pisces si appenduntur aut numerantur. Quomodo Hirtius Cæsari duo millia murenarum mutua dedit in pondus, cum is triumphabat. Varro de R. R. lib. 3. c. ult. Plin. 9. c. 55. Macrob. Saturn. 2. c. 55.* etiam uno numo, *quia functionem in suo genere recipit. * Non vero in grege. Quia gregis non est abusus, sed usus. l. vetus. 78. §. ult. & LL. seq. ff. de usufr.* Quantitas jure nostro idem est ac res quanta.

IX. Perficitur ipsa rei traditione, seu datione, *reali numeratione*; vel per fictionem *brevis manus, quando jubeo Titio debitori meo, Tibi mutuo dare centum. Fingitur enim pecunia a debitore meo ad me, & a me brevi manu, ad Te pervenisse. l. 15. de reb. cred. l. 34. vers. quod si a debitore. ff. Mandat. Dummodo pecunia sit præsens & solutioni parata. Non igitur absentis. Afric. in l. 34. ff. mand.* Explic. 34. ff. Mandat.

mand. ubi res agitur inter absentes, nec fictioni brevis manus locus. Sic si rem dedero vendendam tibi, ut pecunia inde redacta fiat mutua, fit mutua, l. 11. de R. C. Africanum autem in d. l. 34. explicandum secundum l. rogasti. ff. de praescr. verb. puto, ut creditor vendendum quidem argentum dederit, sed non ideo, ut statim post venditionem nummi fierent vendentis, sed tum demum, si eos domino agenti repraesentaverit, & ut mutuo sibi sint, convenerit. Ut ultra id, quod datum est, non contrahatur mutuum, etsi sit promissum. *Unde si decem dem, ut reddas undecim, non nascitur obligatio ultra decem. l. 11. §. 1. ff. d. t. l. 12. ff. de pact. * Nec nummus supernumerarius, vel donationis, vel usurae titulo peti potest. Ita enim non nisi ex pacto in continenti adjecto debentur. l. 24. ff. de praescr. verb. l. 10. §. 4. ff. mand. l. 3. C. de usur. De donando autem partes non egerunt. & l. 35. §. 5. C. de donat. non pertinet ad donationem praesumtam.*

AD THES. IX.

NON IGITUR ABSENTIT.] Imo revera absentit per ea, quae eleganter adducit Franzk. *comment. ad tit. ff. de reb. cred. n. 14.* Nam quod Auctor affert, fictionem brevis manus non habere locum inter absentes, id dicitur quidem, non probatur. *Adde d. l. 2. pr. ff. de pact.* Neque Hahnii distinctio *ad VVesemb. de reb. cred. n. 11.* placet, putantis, Ulpianum de eo loqui, qui est nudus minister exigendae pecuniae, Africanum vero de vero procuratore. Nam & Ulpianus loquitur de eo, qui ex mandato obligatus est mihi dare pecuniam, & ita, quoad hanc quaestionem, inter verum procuratorem & nudum ministrum nulla foret differentiae ratio. Neque Dn. Struvii conciliatio *exerc. 16. th. 11.* litem tollit, dicentis Ulpianum loqui de eo casu, ubi contrahentes voluerint mutuum contrahere, Africanum de eo, ubi tantum pactum adjecerint, neque a priori recedere voluerint, aut novum contractum celebrare. Nam Africanus satis clare dicit, per ejusmodi pactum nec posse pecuniam creditam fieri, adeoque voluntatem paciscentium praesupponit. Benigniorem tamen & veriorem esse sententiam Ulpiani certum est. *Conf. Franzk. d. l.*

AFRICANUM AUTEM IN D. L. XXXIV. EXPLICANDUM] Eandem responsionem suppeditat Dn. Struvius *ex. 16. th. 12.* Sed huic obstare videntur *d. l. 34. mand. verb. cum mutuam pecuniam dare vellet*, scil. ab initio, ergo voluit quoque, ut statim post venditionem nummi fiant vendentis, scil. per fictionem brevis manus, quod innuunt etiam verba: *non magis &c.* ubi comparationem instituit inter hunc & priorem casum, quo

non

non esset, si nec hic casus de fictione brevis manus etiam loqueretur. Quin potius & hic dicimus Africanum dissensisse ab Ulpiano, Ulpiani tamen sententiam esse veriorem. *Conf. Franzk. d. l. n. 24.*

DONATIONIS, VEL USURÆ] Non usuræ titulo, quia usuræ non sunt conferendæ in sortem *l. 3. C. de usur.* non donationis, quia donatio non est, ubi aliud admixtum est negotium *l. 18. de donat.*

X. Oritur inde condictio certi, qua debitor conventus creditum in eodem genere, *vinum pro vino, frumentum pro frumento. Nam aliud pro alio invito creditori solvi non potest. l. 2. §. 1. ff. de R. cred. l. 17. C. de sol.* bonitate & qualitate, restituere tenetur, *etsi nihil cautum inter contrahentes. l. 3. ff. de R. cred. Quod & in numis ita est, etsi præcise eadem species seu forma, thaleri pro thaleris reddi non debet. l. 65. §. 1. ff. de V. O. Quia æstimatio potius, quam corpus creditum est. arg. l. 19. §. 2. de cond. indeb. l. 1. ff. de contrah. emt. nisi creditor damnum inde sensurus sit. l. 99. ff. de solut. tamen & bonitas materiæ requiritur. Quia quantitas illa sine bonitate materiæ nec statui, nec agnosci potest. l. 1. pr. ibi: electa materia est, & ibi: eaque materia ff. de contr. emt. E. g. thalero Imperiali impositus est valor 24. assium grossorum, assi, quatuor ternariorum; Hic quam diu tum in talero, tum assibus & ternariis justa servatur materia, ponderisque proportio, tamdiu est constans istorum inter se quantitatis æqualitas, d. l. 1. ibi perpetua æstimatio. Et: æqualitate quantitatis. Simul autem ac de ternarii materia & pondere detrahitur, imminuitur hujus valor, & augetur taleri æstimatio. Non enim ex se major moneta augetur, quasi melior nunc facta: sed ex imminutione minoris monetæ, per quam majorem metimur, jam pluris æstimari, incipit major. Mutata autem moneta sive in valore, sive in materia tempus contractus, non solutionis inspicitur, ne alias plus minusve contra leges mutui solvatur. l. 3. ff. de R. cred. arg. l. 1. & 2. C. de vet. num. pot. Nisi debitor in mora fuerit. l. 21. §. 3. ff. de A. E.*

Ex mutuo oritur condictio certi.

Qui nummos mutuo accepit, debet eos reddere in eadem bonitate & extrinseca & intrinseca, ut loqui solent.

AD THES. X.

CONDICTIO CERTI] Scil. non generalis, sed specialis ex mutuo. *Vid. Franzk. h. t. n. 25. seqq.*

REDDI NON DEBET] *Adde omnino Struv. ex. 16. th. 27.*

SIVE IN VALORE, SIVE IN MATERIA] Si in valore mutata sit moneta, dicitur mutata esse bonitas extrinseca, si in materia, bonitas intrinseca.

TEMPUS CONTRACTUS, NON SOLUTIONIS] Consentit cum Auctore Dn. Struv. *ex. 16. th. 30. & 31. Carpz. P. II. const. 28. d. 4. & 5.* Quando autem quaeritur, quomodo computatio fieri debeat, si bonitas extrinseca fuerit mutata tempore solutionis [v. g. si 100. thaleri mutuo dati, qui tempore contractus singuli valebant 24. gr. tempore solutionis 48.] uterque quidem, Struvius, & Carpzovius, dicunt, tempus contractus esse adspiciendum. Sed Struv. *d. th. 31.* dicit: hoc casu debitorem restituere debere tantum 50. thaleros, Carpzov. autem *d. def. 5.* vult restituendos esse 100. thaleros. Quod itaque hunc dissensum attinet, puto Struvii computationem quidem esse accuratiorem, & in Carpzovii computatione revera non considerari tempus contractus, sed solutionis, per ea, quae accurate disserit Franzk. *ex. 9. qu. 11. n. 35. seqq.* Sed interim tamen Carpzovii opinionem esse veriorem, h. e. si dati sint mutuo 100. thaleri, quorum bonitas extrinseca fuit mutata, in solutione adspiciendam esse bonitatem, non quae fuit tempore contractus, sed quae tempore solutionis est, per ea, quae iterum accurate disputat Franzk. *d. exerc. 9. qu. 3. n. 6-36.* Nec obst. *d. P. II. const. 28.* quae expresse vult in bonitate extrinseca mutata enim tempus contractus esse adspiciendum. Respondeo enim haud dubie Serenissimum in mente habuisse computationem Carpzovii *d. def. 5. n. 10.* quamvis non ita accuratam, aequissimam tamen. Caeterum, quoad totam hanc quaestionem de mutata bonitate monetae extrinseca & intrinseca lege omnino Franzk. *d. ex. 9. qu. 2. & 3. per Integr.*

Commodatum differt a precario.

XI. Commodatum est contractus *realis B. F.* quo res, *mobilis & immobilis, l. 1. §. 1. ff. commod. incorporalis etiam, arg. l. 17. §. 2. ff. praescript. verb. l. 8. §. 5. & l. 15. §. 2. ff. de precar. & aliena, l. 15. ff. commod.* gratis, *alioqin locatio conductio erit, §. 2. in fin. Inst. h. vel contractus innominatus l. 5. §. 12. ff. commod. junct. §. 1. Inst. locat.* ad certum usum, *ratione tum modi, tum temporis, quo differt a precario. l. 1. pr. l. 2. §. 2. l. 15. de precar. Quod neque contractus, neq; quasi contractus est. l. 14. ff. de precar. juncta. l. 17. §. 3. ff. h. t. quamvis interdum ita appellatur. l. 2. 3. de R. J. Proinde competit, pro eo interdictum de precario, & actio praescriptis verbis.* Conceditur eo animo, ut eadem res postea in specie reddatur. *§. 2. Inst. h.*

l. 1.

Digitized by Google

l. 1. §. 3. ff. de O. & A. * *Non enim transfertur dominium, ut vult Alciat. in l. 2. de R. cred.*

AD THES. XI.

GRATIS] Honorarium tamen in commodato admittitur *§. 3. Inst. de mand. junc. l. 6. pr. ff. eod.*

NEQVE CONTRACTUS, NEQVE QVASI] Quid ergo? respectu precarium accipientis, nec pactum legitimum est, imo ne quidem nudum, quia nec exceptionem ipsi dat, respectu vero dantis videtur esse pactum legitimum *arg. d. l. 14. ff. de precar.*

INTERDICTUM DE PRECARIO] Vid. Struv. *ex. 45. th. 156. seq.*

XII. Oritur ex hoc contractu duplex actio: Directa, quæ datur Commodanti adversus commodatarium, ejusque heredem, ut finito usu *vel tempore elapso. l. in commodato. 17. §. Sicut. w. h. t. l. 5. C. eod.* * *Quod si intra præscriptum tempus impeditus, quo minus uti potuerit, reddet nihilominus. Quia commodator certat de damno vitando. Res ipsa una cum accessorio, ut si equa sit commodata, & ipsa & pullus eam sequens, ut in l. 5. §. usque adeo. ff. h. proponitur, reddatur. Quia est actio B. f. ubi præstari oportet, quicquid ex æquo & bono solet. Ante finitum autem usum equa & vindicari pullus potest.* Salva *si enim interierit commodatarii culpa, tanti condemnatur is, quanti revera actoris interest: Æstimatio autem a Judice fit relata ad tempus rei judicatæ: si dolo, commodator jurabit in litem. Quod si rem per contumaciam nolit restituere, manu militari poterit auferri. l. 3. §. in hac. ff. h. t. l. 68. de R. V. Sed quibus casibus æstimationem præstat, fit rei dominus, l. 5. §. 1. h. sin rei non apparentis nomine damnatur, cavere debet commodator, rem postea repertam illi restitutum iri. L. 13. pr. ff. h.* & integra restituatur. *Quæ enim deterior, reddi non videtur. L. 3. §.* ■ *h. Sed quum res similis invito creditori dari non possit. l. 2. §. 1. de R. cred. nec debitor cogi, ut integram æstimationem solvat, solvenda est res, una cum æstimatione ejus, quo depretiata est. Jas. in l. 2. §. mutui datio. n. 9. de R. cred. Dolum ita & culpam præstat etiam levissimam.* **Commodatarius præstat etiam culpam levissimam.**

AD THES. XII.

DUPLEX ACTIO] Quænam sit differentia generalis inter actiones directas & contrarias, optime exponit *Struv. ex. 19. th. 16.*

TEMPUS IMPEDITUS] Accedit & ista ratio, quod si casu impediatur commodatarius, quo minus uti possit, ipse eum ferre debeat, non ego: si culpa propria, sibi id imputare debeat, si culpa aliena, habeat actionem adversus tertium, qui culpa damnum dedit.

ET VINDICARI PULLUS POTEST] Scil. quia in *d. l. 5. h. t.* pullus ejusque usus non erat commodatus.

ETIAM LEVISSIMAM] Scilicet regulariter, quia commodatum solius commodatarii gratia contrahitur §. 2. *quib. mod. re contrah. oblig.* aliquando tamen per accidens, si solius commodatarii, aut utriusque gratia ineatur mandatum priori casu lata, posteriori levis præstanda. *l. 5. §. 10. l. 18. pr. h. t. Struv. ex. 19. th. 7.*

XIII. Contraria competit commodatario ad petendum, quod sua interest, *puta, si sciens rem vitiosam commodavit, unde commodatarius damnum passus est, ut si tigna vitiosa commodavit ad fulciendam insulam. l. 17. §. sicut. ff. h. Si rem commodatam intempestive abstulit. d. l. in commodato. §. sicut. Si commodator rem & pretium habet. d. l. §. ult. l. 21. pr. Quo casu potest commodator, priusquam conveniatur, eligere, utrum solvat. l. 2. §. Scævola ff. de eo, quod cert. loc. Eo vero non solvente, ex pluribus actionibus sibi competentibus eligat, quam velit intentare. l. 9. §. 1. ff. de trib. act. Nam ex A. commodati alterutrum consequetur. d. §. ult. l. plerumque. 10. §. ult. ff. de Jur. dot. l. cum qui certarum. 138. §. cum pure. ff. de V. O. Rei vindicatione ipsa res restitui debet. l. 63. de R. V. Condictione sine causa, pretium, arg. l. 2. de condict. sine causa. Quod autem contrario judicio quis consequi potest, id etiam directè salvum habere, & jure retentionis, propter impensas in rem commodatam factas, l. 59. l. 15. §. ult. ff. de furt. l. 18. §. 2. ff. commod. * Non ob aliud aliquod debitum. Et compensationis. l. ult.* *commodatam factas, l. 59. l. 15. §. ult. ff. de furt. l. 18. §. 2. ff. commod. * Non ob aliud aliquod debitum. Et compensationis. l. ult.* *C. de compens. §. 30. Inst. de act. Modo rei æstimatio, non res ipsa petatur. Quia cum & hic quantitas debeatur, ea cum quantitate velle compensari potest.*

AD

AD THES. XIII.

JURE RETENTIONIS ET COMPENSATIONIS] Adde Struv. *exerc. 19. th. 11.*

XIV. Depositum, *quod & commendatum. l. Lucius. 24. l. Publica 26. pr. ff. h. t. l. 126. de V. S. l. 6. C. h. t.* est contractus, quo res *mobilis. l. 1. §. si vestimenta, & passim. ff. h. * Et immobilis. l. 6. ff. h. l. 17. pr. ff. eod. l 3. in fin. ff. de A. P. l. 11. de Per. & comm vend. divida ut pecunia, vel individua. Hoc tamen discrimine, quod illa cuilibet restitui debeat, pro parte ad se pertinente. l. 1. §. si pec. in sacculo. ff. h. Et diligens in sua parte exigenda, cum ceteris non cogitur communicare, si postea depositarius solvendo esse desierit. l. ult. C. eod. Sin individua, uni petenti, dummodo depositario caveat, omnes res restitui debent; Si non caveat, in æde sacra deponi. d. l. 1. Sed & aliena, quum ex deposito neque dominium, neque possessio transeat, ne quidem si apud sequestrem res deponatur.* gratis, *si enim adjiciatur certa merces, fit locatio: si incerta, contractus innominatus. l. 1. §. si vestimenta. ff. h. t.* custodienda committitur, quandocunque reposcenti restituenda. *Regulariter eadem seu in specie. Interdum in genere, ut si pecunia non obsignata apud aliquem deponatur, quo casu tacite conventum videtur, ut tantundem cum usuris restituatur. l. 25. §. 1. ff. h. t. Idem est, si postea de eo conveniat, & usuræ præstentur, l. 26. §. 1. l. 27. & 28. ff. d. t. Alias si obsignata deponatur pecunia, & ea utatur depositarius, furtum committit. l. 29. ff. h. t. Nisi depositarium consensurum speret. l. 76. de furt.*

Depositum. Rei immobilis etiam depositum est.

Sequester non possidet.

Eadem res deposita, regulariter restituenda.

AD THES. XIV.

ET IMMOBILIS] Dissentit cum aliis Dn. Struv. *ex. 21. th. 35.* qui putat custodiam rei immobilis esse mandatum, non depositum *per l. 1. §. 4. de præscript. verb.* Sed huic satisfit a Frantz. *ad h. tit. n. 6. 7. 8. 9. Conf. Eckolt. hic §. 3.*

SI APUD SEQVESTREM] Vid. supra *ex. 6. th. 14.*

NISI DEPOSITARIUM] Non videtur *l. 76. de furt.* ad casum de obsignata pecunia spectare, tum quia *d. l. 76. de furt.* dicit, eum, qui putat, depo-

 nen-

mentem consensurum, ne quidem depositi teneri: ergo præsupponit ejusmodi casum, ubi res non fungibilis fuit deposita, nam si pecunia obsignata utatur depositarius, utique depositi tenebitur *d. l. 29. h. t.* tum quod per pecuniæ obsignationem jam declaravit dominus deponens, se nolle, ut depositarius ea utatur, ergo hoc casu spes depositarii nullo niteretur fundamento.

XV. Oritur inde actio directa deponenti, ejusque heredibus. *Olim ex L. XII. tabb. in duplum, ut constat ex collatione LL. Mos. & Rom. tit. 10. vers. et causa. Paulo. 1. sent. 19. in princ. Quod postea Prætoris edicto temperatum.* Contra depositarium, ejusque heredes. *Etiam ex dolo defuncti. l. 7. §. 1. h. t. Ratio est in l. 7. §. 1. h. t. Cui non obstat. §. non autem. l. v. aliquando tamen. Inst. de perp. & temp. act. Quid si heres, rem apud testatorem depositam distraxit, ignarus depositum, an teneatur? Resp. Ulpianus l. 1. §. ult. ff. depos. de re non teneri; teneri de pretio. At cum pretium in locum rei non succedat, nisi in judicio universali, singulare hoc est in deposito, propter exuberantem bonam fidem, quæ omnem dolum excludit. Vid. Ferdi. Ari. de Mesa var. res. lib. 2 c. 35. & 36.* ad rem depositam recuperandam, *cum fructibus, accessionib. & omni causa l. 1. §. 24. h. t. l. 38. §. si possessionem. de Usuc. Usuræ etiam præstandæ, siquidem pecunia deposita usus est depositarius. l. 3. & 4. C. h. Vel alia res dolo, vel culpa depositarii periit, ut illius æstimatio præstanda sit. Quod si cista, pera, mantica deposita, res in illis inclusæ similiter petuntur. l. 1. §. si cista. 41. h. t.* & præstandum dolum, & latam culpam, *l. 5. §. commod. l. quod Nerva. 32. h. t. Nisi deposito se obtulit. l. 1. §. 35. h. t. l. 5. §. nunc videndum. de præscript. verb. vel honorarium accepit. l. 5. §. 2. ff. comm. vel depositum utriusque causa d. l. 5. §. 2. ubi levem: Levissimam vero, si in ipsius gratiam & utilitatem contractum sit. l. 1. §. si pecuniam. h. t. l. 4. de R. C. Condemnatus ob dolum depositarius fit infamis. l. 10. C. h. t. l. 6. §. 6. §. 6. de his, qui not. inf. Sed e tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa, depositi facti inficiatione, actio ex edicto Prætoris in duplum extensa, & pœnalis mixta facta fuit. l. 1. §. 1. h. t. l. 18. h. t.* * *Ob latam autem culpam damnatus non fit infamis.*

AD THES. XV.

CVI NON OBSTAT] Ibi enim Imperator intelligendus de casu speciali, & de deposito miserabili *l. 1. §. 1. hic Vinn. in not. add. §. 1.*

SINGVLARE HOC EST IN DEPOSITO] Imo non est singulare. Quamvis enim in eo, dolo non fuerit usus hæres, quod vendiderit rem ignarus, in eo tamen dolum committit, quod pecuniam ex re deposita penes se sine causa existentem nolit reddere, uti expresse ipse JCtus rationem reddit. Puto ergo eandem decisionem in re commodata, oppignorata &c. procedere.

QVOD SI CISTA, PERA] Non contemnendæ sunt, quæ circa casum præsentem afferuntur, distinctiones, præjudicio firmatæ, ab Habnio *ad VVesenb. h. t. n. 4. f. 466.*

NON FIT INFAMIS] Vid. dicta ad *disp. 5. th. ult.*

XVI. Contraria datur depositario ad consequendum id, quod ipsi ratione depositi abest. *l. 5. pr. l. 8. l. 12. l. 23. h. t. In qua neque in litem juratur, neque damnatum infamia sequitur, quia non de fide rupta: sed tantum de indemnitate & calculo agitur. §. ex quibusdam. 2. Inst. de pæn. tem. litig. l. 5. h. t. l. 6. §. ult. de his, qui notantur inf.* * *Retentio autem locum non habet, impensis non solutis. l. 11. C. h. t.*

AD THES. XVI.

RETENTIO AVTEM LOCVM NON HABET] Dissentit cum aliis Dn. Struv. *ex. 21. th. 44. per l. 18. §. ult. commod. l. 23. hic l. 10. de acquir. & amitt. possess.* Sed horum argumentis ex asse satisfit ab Habn. *ad VVesenb. h. t. n. 5. f. m. 467. Conf. Eckolt. h. t. §. 8.*

XVII. Affine deposito est sequestre, *vel sequestrum*, quando a duobus, vel pluribus res litigiosa deponitur: Eaque vel partium conventione fit. *l. 39. de sol. l. 9. C. h. t.* vel judicis necessitate, quorum hoc regulariter omni jure prohibitum est. *Exceptis casibus aliquibus, quorum duodecim Harpr. §. 3. Inst. qui. mod. re cont. obl. recenset. Ut si timor armorum vel dilapidationis, vel rei lite pendente perituræ, subsit.* Sequestrum quid?

AD THES. XVII.

EST SEQVESTRE] De hoc vid. omnino Struv. *ex. 21. th. 45. seqq.*

XVIII.

Pignus vitie accipitur.

XVIII. Pignus *interdum significans jus, quod creditor habet in re sibi pignorata, item rem pignoratam. §. 7. verbis: nam pignoris. Inst. de A. hoc loco accipitur* contractus realis, *quo differt ab hypotheca, quæ nuda conventione sine traditione tenetur.* * *In statutis vero in dubio pignoris nomine & hypotheca venit, si huic æque commode accommodari possit,* quo res *propria. Aliena, non nisi volente aut ratihabente domino. l. 20. ff. de P. A. Nec convalescit superveniente postea dominio, nisi creditor ignoraverit, rem tempore oppignorationis alienam fuisse. arg. l. 5. in fin. C. si res al. l. 16. §. 7. ff. de pig. l. 31. de V. O.* traditur creditori, ad crediti restituendi fidem & securitatem, *ut non tantum tenere creditori liceat, donec satisfiat; sed etiam distrahere, nisi intra statutum tempus satisfiat. §. 1. Inst. qu. al. lic.** *Non tamen ex pacto propria auctoritate vindicare. l. 3. C. de pign. & hyp.*

AD THES. XIIX.

ALIENA NON NISI VOLENTE] Distingue inter pignus pro contractu, & pro jure creditoris sumtum. Contractus pignoris subsistit hactenus, ut accipiens obligetur ad reddendum, sed tamen creditor potest actionem contrariam instituere, ut res alia ipsi oppignoretur *l. 9. l. 32. l. 36. §. 1. de pignorat. act. Strub. ex. 12. th. 5.* at si pro jure creditoris accipias, tunc ea, quæ Auctor hic profert, obtinent. *Strub. exerc. 26. th. 17.*

PROPRIA AUCTORITATE VINDICARE] Distinguendum tamen est, an debitor vindicanti resistat, an non, *Strub. d. ex. 26. th. 41.*

Quinam oppignorare rem possint?

XIX. Oppignorare rem possunt dominus, etiamsi eam aliquando sit restituturus, *l. 4. §. sed & Marcellus. ff. in diem. add. l. grege. 13. §. 1. d. P. & hypoth. Et qui instar domini, cui Publiciana competit. l. si rem alienam. 29. ff. de P. A. l. si ab eo. 18. ff. de pign.* Emphyteuta & superficiarius. *l. tutor. 16. §. ult. de P. Act. In re communi quilibet pro sua tantum parte obligare rem potest. l. 2. C. Com. div. l. 7. C. com. utriusque jud. l. uno C. si com. res. pig. dat. sit. Ubi judicium communi dividundo locum habet, inter creditorum & debitoris socium. l. 2. C. com. div. vel. inter ipsos socios. l. 6. §. si fundus ff. eod. Excipiunt Dd. Fiscum, qui cum possit rem sibi cum privato communem vendere in solidum, ita tamen, ut partis pretium socio refer-*

reservetur. l. 2. C. com. rer. ali. Multo magis poterit eam rem in solidum obligare. Tutor vel curator rem pupilli, *siquidem ex utilitate hujus. l. pignus. 11. ff. de Cur. F. & judicis decretum interveniat. l. 2. C. d. cur. F.* Administrator reipubl. *l. 11. pr. ff. h. t.* Fructuarius, *non proprietatem. l. 6. C. de usuf. Sed an usumfructum. Aurel. Galvanus. c. 38. de usufr. affirmat de causali: sed causalem hunc facit duplicem, alterum, qui adhaeret plenae proprietati, alterum, qui adhaereat pleno usufructui. Sed hoc novum est. Dicemus usumfructum pignori dare posse, accepta voce, non pro servitute: Sed pro hujus servitutis commoditate, quae consistit in percipiendis fructibus. l. si is qui bona. 11. §. pen. ff. de pign. & quae nondum. 15. pr. ff. eod.* Filius fam. vel servus *rem peculiarem, si liberam peculii administrationem habent. l. naturaliter. 13. pr. ff. de cond. indeb.*

Galvanus usumfr. causalem duplicem facit nove.

AD THES. XIX.

ET QVI INSTAR DOMINI] Adde *l. 14. ff. qui potiores in pign.*
SED HOC NOVUM EST] Vid. *dissert. 7. th. 18.*

XX. Non possunt, qui alienare prohibentur. *l. ult. C. de reb. al. non al.* Pupillus sine tutore *l. 1. pr. ff. quae res. pig.* Minor praedium sine decreto, *etiamsi veniam aetatis impetraverit. l. 3. C. de his qui ven. aet. Hinc si emit praedium hac lege, ut donec pretium solvat, pignori sit creditori. Siquidem a fisco emit, pignus tenet: Sin autem a privato emit, beneficio Principis opus est, ut ex rescripto pignus confirmetur. l. 1. §. ult. l. 2. ff. de reb. cor.* Mulier intercessionis causa, *proinde creditor non potest distrahere; sed mulier heresve ejus a quocunque emtore sine oblatione pretii rem cum fructibus poterit vindicare. l. redemtores 39. §. 1. ff. de R. V. l. quamvis 8. ad SCt. Vellej. Nisi mulier pro suo creditore rem pigneret. l. 5. ff. de pign.* Servus, colonus, actor, conductor rem domini sine ejus voluntate. *l. ult. C. si aliena res pign. Quod si servus domino consentiente omnia ejus bona pignori obliget, etiam suo ipsius servus nexu tenebitur. l. Paulus. 17. §. ult. ff. de pign.* Procurator rem domini. *l. 1. & l. ult. C. si al. res. pig. nisi dominus id ei specialiter mandaverit. l. solutum. 11. §. ult. ff. de P. A. Vel libera ei administratio concessa*

An procurator rem domini recte pigneret?

 uni-

universorum bonorum ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuam pecuniam accipere. l. universorum. 11. ff. de pign. act. Aut in domini utilitatem vertit. l. 1. C. si aliena res.

XXI. Pignorari potest res singularis. *l. 1. §. 1. de pign.* pars rei. *l. si debitor. ff. eod.* servus cum peculio. *l. 1. §. 1.* fundus cum fructibus *d. l. 1. §. cum prædium. Vel mancipiis ibi degentibus. l. fidejussorum. 26. §. ult. ff. eod.* Universitas, *ut grex. l. grege. 12. ff. eod.* omnia bona. *d. l. 1. pr.* Ususfructus *l. si is qui 11. §. ususf. Id est, non tantum proprietarius pignoris constituendi gratia, potest proprietati suæ novum inducere usumfructum. l. si is qui. 11. quæ usufructus ff. de pignorib. nempe formalem. l. 1. C. si pig. pignori. Sed & fructuarius fructus seu perceptionem fructuum. d. l. 11. §. ususfr. ff. Eod.* servitus, *non quasi pignorari possit a domino, cui debetur d. l. si is qui. §. ult. sed quatenus a domino prædii jure pignoris constituitur. l. 12. ff. eod.* jus ad rem, actio personalis. *l. 4. C. de her. vel act. vend. l. 2. de præt. pign. Jure Saxonico immobilia non aliter oppignerari possunt, quam cum consensu judicis.* Landr. *lib. 1. art. 2. An debitor ipse in bonis suis, sub jurisdictione sua sitis, hypothecæ subjiciendis, consensum sibi præstare possit? Affirmant ICti Acad. Lips. apud Berlich. decis. 157. n. 7. Contrarium pronunciavit Tribunal Appellationem apud eundem n. 18. Et Scabini Lipsienses Carpz. 4. L. resp. 31. Ceterum si magistratus consentiendo, solius sortis, non & usurarum mentionem fecerit, usuras peti non posse respondit Ordo Iuris Cons. Acad. Lips. in concursu creditorum, licet agnati in hypothecam feudi, in qua usuræ comprehendebantur, consensissent, versus Rochlitium, 21. Iulii Anno 1627. Plura de hoc consensu infra Disp. 28.*

Ususfructus fructuario pignorari potest.

Immobilia jure Sax. quomodo oppignorentur.

AD THES. XXI.

SERVITUS] Adde tamen Struv. exerc. 16. th. 15.

CONSENSUM SIBI PRÆSTARE POSSIT]. Sententiam JCtorum Lips. & Berlichii affirmativam approbavit Sereniss. *decis. noviss.* 38. sub hac tamen limitatione, si debitor judicium suum recte ordinaverit, & ad illud qualificatas personas adhibuerit. Similis in simili quæstione dissensus fuit: An consensus Magistratus super hypotheca fundi cujusdam ad certum tempus, puta triennium &c. impertitus elapso tempore trienii,

etiamsi non adjecta fuerit clausula cassatoria, censeatur extinctus. Affirmativam secuti sunt Dnn. Scabini Lips. apud Carpz. *P. II. const. 23. def. 34. Conf. Rauchbar. P. II. qu. 23.* cum quibus facit Struv. *syntag. Jur. feud. c. 14. th. . n. 5.* Negativam cum Ordine Jurid. Lips. defendit Finckelth. *append. obs. 7.* Cui adhæret Richser. *de privil. cred. cap. 3. sect. 3. n. m. m.* Confirmat tamen Carpzovii opinionem Serenissimus *decis. nobiss. 31.*

USURAS PETI NON POSSE} Distinguunt communiter DD. inter usuras, quæ ex natura contractus, citra pactionem, debentur, & inter usuras, quæ speciali pacto, præter naturam obligationis, separatim debentur, atque hoc modo Auctoris sententiam, de hunc casum posteriorem restringunt Brunnem. *cent. 3. d. 19.* Struv. *syntag. Jur. feud. c. 13. aph. 7. n. 7.* H. Pist. *lib. 2. qu. 49.* Sed cum hodie usuræ etiam ex mutuo ob moram, tanquam interesse damni emergentis ac lucri cessantis debeantur, *Brunnem. cent. 5. d. 50.* volunt, in praxi consensum, tum domini, tum agnatorum, ad oppignorationem feudi accommodatum non de ipsa sorte tantum, vel debito principali, sed etiam de ejus accessorio, h. e. de usuris intelligi debere H. Pist. *d. qu. 149. n. 20.* Berlich. *P. II. concl. 55. n. 52.* Carpz. *P. II. c. 46. d. 32. Vid. Dn. Stryk. disput. de obligatione feudi consensu munita c. 3. n. 27. seq.* ubi *n. 32.* etiam hoc in Camera Berolinensi observari testatur.

XXII. Nequeunt liber homo. *l. 1. C. de pat. qui fil. dist. l. ult. ff. quæ res pign. Nisi ob extremam famem filius sanguinolentus. l. 1. C. d. t. & redemtus ab hostibus, qui tamdiu pignori est, donec pretium restituat. l. senatus. 43. § ult. ff. de leg. 1.* instrumenta rustica. *arg. l. 7. & 8. C. quæ res pign.* res sacræ. *l. 21. C. de SS. Eccles.* religiosæ. *l. 2. C. de Relig. Nisi pro redemtione captivorum. d. l. sancimus. 21.* fideicommisso subjectæ; *si non sit conditionale fideicommissum. l. 3. §. sed quia. C. comm. de leg.* feudum. *2. Feud. 52. & similes.* Res aliena *l. 9. pr. ff. de pign. act. l. 16. §. 1. & l. 20. pr. ff. Eod. l. si fundus. 16. §. 7. ff. de pign. & hypot. l. 5. C. si res. ali. pign. Exceptis paucis casibus in quib. caus. pig. tac. si fundus l. 6. §. 7. ff. de pignor. l. 1. l. 5. C. si aliena res pign. l. 20. ff. de pign. act. l. ult. C. quæ res pign. obl. Sed si debitori, qui rem alienam pignori obligaverat, heres extiterit dominus rei, an pign. convalescet? Negat Paulus l. rem alienam. 41. ff. de pignor. act. Affirmat Modestinus l. si Titio. 22. de pignor. & hypoth. Paulus negat, sed si sine domini voluntate res oppignorata fuerit.* Pater an filium oppignorare queat. Concil. l. 41. de pign. act. cum l. 22. de pignor.

 Addi-

Digitized by Google

Additur ratio: Quia non est satis ad competendam utilem pignoratitiam, eundem esse dominum pignoris, qui etiam pecuniam debet: sed nimirum requiritur, ut & in pignoris constitutionem consenserit. l. 1. de pign. act. Modestinus affirmat, si domino ignorante res sit obligata, Datur contra dominum, debitori succedentem, utilis hypothecaria, quia per aditionem hereditatis heres contrahit cum debitoribus defuncti §. heres. Inst. de oblig. ex quasi contr. Et repraesentat personam defuncti. l.3 ff. de bon poss. Et ineptus est Wissenbach. Disp. Pand. 27. th. 21. ineptam hanc conciliationem judicans. Cujus omne artificium in eo est, ut antinomias nobis obtrudat.

AD THES. XXII.

RES ALIENA] *Vid. notat. ad th. 18. hic.*

SI DOMINO IGNORANTE] Sensus ergo Auctoris iste esse videtur, quod Paulus loquatur de ejus, qui postea haeres fit, expressa contradictione tempore oppignorationis. Modestinus vero de eo, quo ignorante res fuerit oppignorata. Sed huic conciliationi verba Pauli obstant: *Sine domini voluntate*, quae vi sua casum ignorantiae non solum includunt, sed & proprie de hoc casu sunt explicanda, cum si contradictionem praesuppofuisset Paulus, sine dubio dixisset: *contra voluntatem domini*. Accedit, quod etiam ad hunc casum, etsi dominus ab initio contradixerit oppignorationi, postea tamen oppignoranti haeres factus fuerit, videtur extendendum esse responsum Modestini ex rationis identitate, quia haeres debet praestare factum defuncti.

ANTINOMIAS NOBIS OBTRUDAT] Imo non obtruditur h. l. sed revera subest, quia nulla conciliatio, quarum quatuor recenset Dn. Struv. *in resolut. ad exercit. 26. th. 17. p. 359. seq.* ad mentem JCtorum commode accommodari poterit. Illa enim conciliatio, quam nonnulli afferunt, Paulum loqui de actione contra ipsum haeredem debitoris, Modestinum de actione hypothecaria contra alios rei oppignoratae possessores danda, *arg. l. 18. de pign.* ut alias inconvenientias taceam, aperte est contra *d. l. 22. de pign.* quae satis expresse etiam de haerede debitoris loquitur. Malo ergo antinomiam statuere, quam per artificium, textus quibuscunque distinctionibus excogitatis conciliandi, omnia fundamenta genuinae interpretationis [in qua consistit fere dimidia Jurisprudentiae pars] subvertere. Verior autem omnino est Modestini sententia ob ejus rationem, ex qua facile Paulo responderi potest, non conveniri hic haeredem, quo dominum rei, sed qua haeredem debitoris, simul dominum rei oppignoratae existentem.

XXIII. Cum verò pignus sit contractus accessorius, cuivis obligationi accedere potest, *naturali, civili, honorariæ. l. 13. pr. ff. de cond. ind. l. 5. pr. ff. de pign. l. quæsitum 14. §. 1. Præsenti vel futuræ. d. l. 5. pr. Non tamen obligatur pignus, antequam contractus principalis sit perfectus. l. 1. pr. ff. qui pot. in pign.* Pignus cuivis obligationi recte accedit.

XXIV. Oritur ex hoc contractu actio pignoraticia directa, qua debitor rem pignori datam *una cum fructibus quos aut reddere tenetur, aut in sortem computare, l. 1. C. de distr. pign.* soluto debito. *l. 40. §. fin. ff. de P. A. l. 11. C. eod. Exceptis quibusdam casibus, quibus ante solutionem pignoratitia recte agitur. l. 9. §. fin. & l. fin. pr. ff. d. t.* Non autem invito creditore, debitor æque idoneum pignus offerens, audiri debet, arg. l. 9. §. 3. de pign. act. l. 45. §. 2. ff. mand.* repetit. *Tenetur autem creditor in hac actione de dolo, lata & levi culpa, quia utriusque gratia regulariter pignus contrahitur. §. fin. Inst. qu. m. cont. obl.* Vim autem majorem & casum non præstat. *l. 30. & fin. ff. d. t. l. 8. C. eod.* Unde pignore perempto, debitum nihilominus petere potest §. fin. Inst. h. Consult. Sax. p. 1. q. 3.* Actio pignoratitia directa.

XXV. Contraria datur creditori ad id, quod sibi pignoris nomine abest. *l. 1. §. f. & l. 36. ff. d. t. Exempla sunt in l. 9. l. 39. l. 16. §. 1. l. 8. l. 28. ff. h. t. Si forte in fraude recuperavit pignus l. 3. ff. de P. Act. Aut in pignoris conventione creditorem decepit. l. 9. l. 36.* Contraria.

XXVI. Adfine pignori est pactum ἀντιχρήσεως, quæ pignoris quædam species, qua res ea conditione pignori datur, ut creditor percipiat fructus, in vicem usurarum, donec pecunia solvatur. * *Quod pactum valere puto, etiamsi perceptio fructuum legitimum usurarum modum excedat. l. 14. l. 17. C. de usur. Nisi excessus sit nimius.* Pactum ἀντιχρήσεως.

AD THES. XXVI.

AFFINE PIGNORI] Notum etiam est pactum commissorium in pignore improbatum, de quo vide Eckolt. *de pign. & hypoth. th. ult.* & Struv. *ex. 26. th. 7. 8. & ex. 19. th. 51.* ubi addit: pactum commiss. juramento roboratum jure Canonico esse servandum *c. pen. de pign.* quod tamen capitulum potius contrarium ostendit. *Conf. Zaf. ad Jus Canon. de pign. n. 6. Addi infra dissertat. 15. th. 12.*

PACTUM ἀντιχρήσεως] Conf. iterum Struv. *d. exerc. 19. th. 50.*

LEGITIMUM USURARUM MODUM EXCEDAT] Modo fructus sint incerti. *Struv. d. l. Carpz. P. II. c. 30. d. 40. 41.*

DISSERTATIO XIV.

De

Verborum & Literarum Obligationibus.

RESPONDENTE

FRIDERICO KENKELIO, Regiomont. Boruss.

APHORISMUS I.

Quo sensu obligatio verbis contrahi dicatur.

VErbis *non tantum declarandi animi causa; sed etiam ut in ipsis tota conventionis substantia consistat. §. fin. Inst. de oblig. pr. Inst. h. t. Adeoq; consensus verbis declaratus hoc loco sit instar materiæ: Forma vero in solenni verborum conceptione consistat,* obligatur quis vel proprio nomine, vel alieno. Proprio ex stipulatione, * *sola, non dotis dictione, non jurejurando liberti de operis Patrono præstandis; stipulatio autem a stipulo dicitur, pr. Inst. h. Quod male negat Carell. Cota. Nam* στυφελὸν, & στυφλὸν, στερεὸν *Grammatici exponunt. Inde stypelum, postea stipulum, ut* σικελὸς, *Siculus*, quæ est contractus * *proprie dictus, & per se etiam subsistere potens, neque semper accessorius. Stricti juris; juris civilis; arg. l. 17. §. 1. de pæn. Verbalis: verbis olim solennibus (hinc concepta sponsio, Ausonio in Grat. act.) hodie quibuscunq; ad interpretandam mentem aptis, & ab utroque intellectis.* Interrogatione & responsione, *ergo & interrogantis junctim & respondentis est. l. 5. §. 1. de V. O. l. 7. ff. de eo quod cert. loc. l. 26. §. 13. ff. de cond. ind. l. 5. §. 2. ff. de sol. l. 12. de const. & com. stip. Quamvis in strictiori significatu, stipulari sit interrogantis pr. Inst. de duob. reis. Quemadmodum & ita pro stipulando accipitur quandoq; Seneca. 3. de benef. 15. ILLE non est INTERROGATIONE contentus, nisi rem manu sua teneat. Hinc & glossis* ἐπερώτησις, *interrogatio, stipulatio, redditur.* * *Ergo & verba nuncupata hic requiruntur, non obstante l.*

Sola stipulatione obligatio verbis contrahitur.

Stipulatio est contractus per se subsistens, nec semper accessorius.

Stipulari late & stricte accipitur.

57. de

de donat. inter vir. & ux. explicanda quippe secundum l. 30. h. t. & l. 1. C. de cont. stip. constans, qua is, qui interrogatur, daturum, facturumve se convenienter respondet Glossæ Basilicæ: *ἐπερώτησις ἐστι συνθήκη ῥημάτων, δι' ἀποκρίνεται τις πρὸς τὴν ἐπερώτησιν ποιεῖν τὶ ἢ διδόναι.*

AD DISSERTAT. XIV.

AD THES. I.

S*ECUNDUM L. XXX. H. T.*] Scil. in *d. l. 57.* stipulatio non in scriptis fuit probata, sed scriptura saltem probationis gratia adhibita.

II. Est vel judicialis, *quæ solius judicis jussu interponitur*, vel honoraria, *prætoria & ædilitia, quæ a mero Prætoris & Magistratus officio*, vel conventionalis, *quæ conventione utriusque partis proficiscitur.*

AD THES. II.

EST VEL JUDICIALIS] His additur *§. 3. Inst. de V. O.* quarta species, scil. communis, seposite quæ ex judiciali & prætoria mixta est. *Vid. Rachel. Inst. Jurispr. l. 2. tit. 54. §. 5.*

III. Stipulationum, *a qualitate objecti, in stipulatum deducti* alia est dividua, alia individua; *Vide P. Grangianum tr. de div. & ind. stipul.* atque vel dandi, vel faciendi. Obligatio dandi dividua est, in qua res sunt dividuæ, vel natura, vel jure. Natura, partes pro diviso, *cum partes sunt corpore, seu numero, quæ sensibus externis deprehenduntur.* Jure, partes pro indiviso, *l. 5. ff. de usufr. l. 43. de A. P. l. 25. §. 1. de V. S. quæ potius intelliguntur. l. Mævius 66. §. 2. de leg. 2. Naturaliter partes recipiunt pro diviso quantitates & genera, decem thaleri, decem homines. Civiliter, species, Eros, Pamphilus. Ubi dimidia singulorum, si duo rei stipulandi, hoc est, utriq; stipulantium Eros, utriq; Pamphilus pro indiviso tribuitur. l. 54. de V. O.* Obligatio dandi est dividua vel individua. Dividua quid?

AD THES. III.

ALIA EST DIVIDUA] Quæ hic Author th. 5. 4. 7. 6. & 7. recenset, desum-

sit ex Franzk. qu. 4. & 5. quem etiam allegat in fine thes. 6. Sed praemitti debet lectio Franzkii, ut verba Auctoris hinc inde obscuriora lucem accipiant. Adde Struv. ex. 47. th. 15.

IV. Effectus stipulationis dandi dividuae, quod ex hac promissoris stipulatione heredes singuli pro parte hereditaria solum teneantur, *eamq; solvendo protinus liberentur. l. 9. §. ult. in fin. ff. de solut. Quo pertinet, quod dicitur, obligationes & actiones hereditarias esse ipso jure divisas l. 6. C. l. 51. ff. fam. ercisc. l. 1. C. si. cert. pet. l. 11. §. ult. de distr. pign. l. 25. §. 9. fam. ercisc.*

Individua quid?

V. Obligatio dandi individua est, cujus res sunt individuae, vel natura & jure, vel jure solo. Natura & jure individuae sunt servitutes reales. *l. 2. §. 1. l. 72. de V. O. &, ex personalibus*, usus. *l. 19. de us. & hab. Ususfructus vero dividuus est. Quia qui adquirit usumfr. sicut & is, qui illum constituit, intendit constituere jus, fructus percipiendi, nec respicit factum utendi, fruendi, sed emolumentum, quod ex facto percipitur, & quod post factum superest. Factum itaque fruendi, ex quo videri poterat esse dividuus usufr. non est principaliter in ipso usufr. sed in ordine ad alind, videlicet ad ipsos fructus. Chesius, Interpr. jur. c. 50.* Solo jure individuae sunt, *quarum natura quidem partes recipiendo apta: Sed qua solutione, seu praestatione ex natura stipulationis quandoque fiunt*, ut homo, vel aliud corpus in genere, vel duae species alternativae promissae. *l. 2. §. 1. de verb. obl. Quia etsi hominis in genere promissi pars juridica sua natura solvi potest, veluti si quis servum sibi cum alio communem solvat, obligationi sua satisfecit: Tamen si in genere promittatur, hoc agitur, ut unus totus praestetur. Si igitur pars solvi posset, contingeret, ut ex partibus diversorum hominum creditor totum hominem colligere deberet vid. l. 85. §. 4. de verb. obl. Quare & is, cui pars ab uno soluta est, potest adhuc totum hominem petere. l. 9. §. ult. de solut. Et qui solvit, tanquam indebitum repetere. l. 2. §. 1. de verb. obl. l. 26. §. pen. de cond. indeb. Heredes autem promissoris in solidum singuli conveniuntur, nec pro parte solvendo liberantur.*

Stipulationes faciendi.

VI. *Hac de Stipulationibus dandi.* Stipulationes faciendi dividuae, an individuae sint, cognoscuntur ex diversitate factorum in

in obligationem deductorum. Facta vel effectum juris habent, *in adquirendo vel amittendo*, quæ sunt dividua, vel non habent, *ut fodere, fabricare, edere, currere*, & sunt individua, *quia ejusmodi factum nihil post se relinquit, quod dividi possit. arg. l. in convent. 52. §. 1. de verb. obl. l. 4. de usufr.*

VII. Effectus autem dividuæ est, quod si plures sint promissores, *vel unius promissoris plures heredes*, quod factum unius contra promissum alteri non noceat: *Sed stipulatio tantum pro parte committatur, & pro parte etiam tantum nascatur liberatio. arg. l. 6. famil. ercisc.* Contra, in individua. *l. 4. § 1. l. 85 §. 3. de verb. oblig. l. 44. §. 1 famil. ercisc.* Sin plures stipulatores, *aut plures unius stipulatoris heredes*, distinguitur, an stipulationi pœna subjecta, nec ne, illic, *ex æquitate*, stipulatio solum pro parte ejus, qui *v. g.* ire, agere prohibitus, committitur, *eiq; soli actio conceditur d. l. §. fin.* Hic si non adjecta sit pœna, *quia tunc interesse, quod natura dividuum est, in actione est*, pro parte solum stipulatio committitur, & actio prohibito conceditur. *d. l. 2. §. fin. Franzk. Exerc. 10. q. 4. & 5.*

Effectus stipulationis dividuæ.

VIII. Stipulari possunt omnes, qui contrahere. *exceptis deportatis. l. 14. §. 1. ff. de nov. & deleg.* & loqui atque audire possunt. *Ergo nequit surdus & mutus l. 1. pr. ff h. Nisi per servum præsentem. d. l 1. Nequit infans:* sed sibi, *non alii. §. 4. Inst. de inutil. stip. l. 38. §. 17. h. Vide A. Fab. 19. Conj. 17. Quod nec Notarius potest: nec jure Canon. secus est. Et qui alteri stipulatur, nec sibi acquirit obligationem. Excipe, si ei, cujus potestati subest, stipulatur, servus domino, patri filius §. 1. Inst de stip. serv. Adquiritur enim patri obligatio, et si forte conditio post emancipationem exstiterit. l. 78 ff. h. t. quia conditio retrotrahitur: Item excipitur, si pœna stipulationi sit adjecta; ubi hoc tantum quæritur; utrum commissa sit stipulatio. §. 18. Inst. de inutil. stil. l. 38 §. 17. ff. de. V O. Et non novatur prior per posteriorem pœnalem l. 115. §. ult. h. t. l. 10. de pact. Non obstat. l. 44. §. ult. de obl. & act. Vide Duaren. ad l. 115. de V. O. p. m. 772. Merill 7. obs. 27 Vel stipulantis intersit, ut si contutori cedens administrationem, rem pupilli salvam fore, stipuletur §. 19. Inst. de inutil. stip. Solutionis tamen faciën-*

Quinam stipulari queant.

ciendæ causa alia persona stipulationi adjici potest. §. 4. *Inst. de inutil. stip. l. ult.* §. *fin. ff. de V. O. Sibi autem & extraneo facta stipulatione dimidia tantum pars debebitur, si stipulatio dividua.* §. 4. *Inst. d. t. l. 110. de V. O.* Sive unus, sive duo pluresve stipulentur, vel promittant.* *Quos adhuc hodie in solidum obligari, nec in Nov. 99. c. 1. mutatum esse defendi potest. Etsi usus fori contrarium tenet.*

AD THES. IIX.

NON NOVATUR PRIOR] Distingue an prior fuerit promissio dandi, an promissio faciendi. Si dandi, per stipulationem pœnalem prior non tollitur *d. l. 115. §. fin. hic. l. 10. §. 1. de pact. jun. l. 44. §. pen. de O. & A.* Si faciendi, de jure veteri omnino novatur prior *d. L. 44. §. ult.* aliud de jure novo propter *l. fin. C. de novat. Vid. omnino Struv. in resol. exerc. 47. §. 21. p. 641. Adde Auct. infra dissert. 17. th. 7.*

NEC IN NOVELL. XCIX. C. I.] Forte ex illa ratione, quod *d. Nov.* non agat de duobus correis in genere, sed de illis tantum, qui vice mutua fidejussores accepti sunt propter vocem ἀλληλεγγύως, quæ in Græco textu habetur. Sed respondet ad hanc dubitationem Struv. *in resolut. ad ex. 47. th. 27. p. 643.*

IX. Res quasvis in commercio, *saltem stipulatoris, l. 34. ff. h. t. Neque utilis fit stipulatio, si ex post facto res in commercio esse cœpit.* §. 2. *& 3. Inst. de inutil. stip. l. 83. §. 5. ff. de V. O. Quod si stipulator ignoraverit rem esse extra commercium promissor vero sciat, ab initio statim stipulatio inutilis esse dicitur.* §. 2. *Inst. de inut. stip. Secus atque in emtione. Vide dissert. seq. aph. 9.* Et facta, *alia, quam quibus dominium transfertur, id est, quæ dationi opponuntur, ut ædificare. l. 14. ff. de V. O. Quo & non facere comprehenditur. l. 2. §. 5. l. 8. l. 27. §. 1. & l. 50. ff. h. t.* possibilia, *l. 185. de R. I. possibilia autem non intelliguntur, nisi honesta.* §. 23. *Inst. d. t. l. 26. de V. O. l. 15. ff. de cond. Inst.* * *Hinc stipulatio turpem causam continens stipulationis verbis expressam, ipso jure nulla est. l. 7. §. 3. ff. de pact. l. 4. C. de inutil. stip. Ope autem exceptionis eliditur, si tacitam. l. pen. ff. de cond. ob turp. caus.* Propria, *non aliena.* §. 3. *Inst. d. t. l. 38. pr. de V. O. Nisi ejus, quem in potestate habet. l. 24. §. 6. ff. de damn. inf. vel implicatum sit factum proprium, nempe effecturum promissorem, ut det Titius* §. 3. *h. t. l. 38. l. 83. de V. O.* * *quo casu omnino tenetur, nec liberatur, si summam suam dili-*

Pacta possibilia.

diligentiam adhibueris. §. 3. Inst. de inutil. stip. Quia proprium factum promisit. arg. l. 81. pr. de V. O. Ut ad id, quod interest, condemnetur, arg. l. fin. §. fin. ff. de R. C. l. 26. C. de fidejuss. Ludador. de reb. quotid. c. 6. p. m. 112.

AD THES. IX.

NEC LIBERATUR] Adde Huber. *ad Inst. de inutil. stipulat. th. 2. p. m. 296.*

X. Perficitur, *ut dictum aph. 1.* verbis, *non epistola, neque inter praesentes, neque nutu.* * *Adeo ut nec obligetur naturaliter promissor ex stipulatione. l. 1. §. 2. h. t.* praecedente interrogatione. *Alias nec promissor esse certus, quod alter acceptaturus sit, nec stipulator posset, quod alter serio promisisset.* Et secuta in continenti responsione convenienti, * *qualis etiam impersonalis est, dabis? dabitur, ut intelligatur, sc. a me. arg. d. l. 1. §. 2. ff. h. t. Ut ap. Plaut. Pseud. act. 4. sc. 6. Et Bacchid. act. 4. sc. 8. Hoppinus cons. 1. Quae convenientia est tam in qualitate l. 1. §. 3. h* * *Nisi stipulator se ejusmodi promissione esse contentum attestetur. Quia tunc alia stipulatio contracta videtur. d. l. 1. §. 3. Tum quantitate: ut si plus minusve promittatur, inutilis fit stipulatio, quoad excurrentem summam, quoad minorem summam valeat, absque nova voluntate. d. l. 1. §. 4.* Responsio impersonalis non vitiat stipulationem.

AD THES. X.

EX STIPULATIONE] i. e. ex simplici interrogatione, cui admis. *Conf. th. 1.*

ESSE CONTENTAM ATTESTETUR] Et quidem illico *d. l. 1. §. 3.*

ABSQUE NOVA VOLUNTATE] Nec obst. §. 5. *Instit. de inutil. stipulat.* qui ex *d. l. 1. §. 4.* explicandus est. Caeterum si decem quis stipulatus fuerit, & viginti promittat alter, si haec diversitas responsionis illico placeat stipulatori, & ratione viginti valebit promissio. *dict. loc. 1. §. 3.*

XI. Contrahitur porro stipulatio vel pure, *ubi confestim peti potest. l. 118. §. 1. h. §. 2. Inst. eod. Ad solutionem autem faciendam, & exequutionem, aliquod spatium concedi oportet. l. 21. de jud. l. 21. §. 1. de const. pec. l. 105. de solut.* vel in diem certum, * *quo casu obligatio protinus nata, atque actio quoque, quoad actum primum.* aut in- Stipulatio contrahitur vel pure, vel in diem.

Vel sub conditione.

certum, *de quo dubitatur, an sit exstiturus ubi obligatio ante diem nulla nascitur l. 75. de cond. & demon. l. 38. §. 16. ff. h. t.* Vel sub conditione expressa, *in quibus nec cessit, nec venit dies §. 4. Instit. h. t. adeoque interim inutiliter agitur. l. 43. §. 9 ff. de adil. ed. d. l. 4. §. 2. ff. de pact. Exceptis quibusdam casibus, in quibus, quoad aliquos juris effectus, ante eventum conditionis, habetur pro creditore. l. 10. ff. de V. S. l. 4. de R. aut. jud. Quod si creditor, pendente conditione, moritur, spem petendi in heredem transmittit. §. 4. h. t l. 8. pr. vers. quod si pendente ff. de per. & comm. rei vend. Nisi electa fuerit persona industria, aut addita sit conditio mere potestativa. l. 69. ff. de cond. & dem. l. si decem. 48. ff. de V. O.* In conditione autem negativa suspenditur obligatio & actio, donec verificetur. §. 4. Inst. h. Nec cautioni Mucianæ locus est.* Aut tacita, *quæ actum tamen non facit conditionalem. l. 99. de cond. & dem.* vel die & conditione simul, *ubi utraque exspectanda est. l. 8. h. t. Huc pertinet sponsio mercatorum, quæ si causam honestam contineant, valent P. Santern. de assec. & spons. p. 2. a. n. 5. Et ita Jur. Ordo Lips. versus Lubecam 6. Julii, anno 1633. Quod si summa promittentis facultatibus major, arbitrio judicis moderanda. Ita responderunt itidem, an. 1612. versus Fribergam.*

AD THES. XI.

DE QVO DUBITATUR, AN SIT EXTITURUS] Separat iterum Auctor diem hunc incertum a conditione, cum tamen sit ipsa conditio *d. l. 75. de cond. & demonstrat. Conf. exerc. 10. th. 10.*)

EXCEPTIS QVIBUSDAM CASIBUS] Cui sub conditione aliquid debetur, revera creditor non est *l. 18. de cond. ind. l. 116. de V. O.* neque enim obligatio ulla nascitur, pendente conditione, neque actio, per textus ab Auctore allegatos. Quid ergo est, quod Ulpianus dicit *L. 10. ff. de V. S.* creditorum nomine venire & eos, qui sub conditione debent? Quidam putant improprie & *καταχρηστικῶς* id intelligendum esse, ut Brechæus *ad d. l. 10.* Alii, ut Auctor hic, ita explicant, quod quamvis non sint creditores, ratione obligationis ortæ & actionis, tamen respectu aliorum juris effectuum, pro creditoribus habeantur, cujus exemplum adducunt ex *l. 4. de reb. aut. jud. poss.* Sic in eo, qui sub conditione debet, locum habet lex Ælia Sentia *L. 8. qui & a quibus manum.* Sic creditores, quibus sub conditione debetur, separationem bonorum impetrant *l. 4. de separat.* item in possessionem mittun-

tur

tur *l. 6. quibus ex cauſ. in poſſeſſ. eatur.* Nec obſt. *l. 14. §. 2. eod.* Conf. Fornet. *ad d. l. 10. de V. S.* Mihi videtur Ulpianus ex ſe ipſo eſſe explicandus, atque adeo in *d. l. 10.* creditorem ſub conditione vel ideo ita vocavit, quia exiſtente conditione in ſtipulationibus eadem retrotrahitur, ſecus ac in legatis, quorſum inclinat Alciatus *ad d. l. 10.* & pro hac explicatione facit *l. 42. pr. de O. & A.* quæ eſt ejusdem Ulpiani: vel per conditionem ibi intelligit conditionem omnino exituram, quamvis incertum ſit, quando ſit exitura, *v. g.* ſi alicui promiſerim centum, ſi moriar; Hoc enim debitum revera in diem eſt, & inde creditor quoque recte dicitur, neque repeti poteſt, ſi ante diem ſolutum ſit *l. 17. de cond. ind.* Quod autem Ulpianus vocem conditionis tam late acceperit, patet ex *l. 18. de condict. indeb.*

NEC CAUTIONI MUTIANÆ] Quoniam hæc tantum locum habet in ultimis voluntatibus *l. 7. pr. de cond. & demonſtr.*

VEL DIE ET CONDITIONE SIMUL] Puto hic conditionem prævalere, quia incertum eſt, an ſit exitura, adeoque nec obligationem, nec actionem, ante diei eventum oriri *arg. d. l. 8. h. t.*

XII. Oritur hinc duplex actio; Condictio certi, *quum certum quid ratione rei ipſius, qualitatis & quantitatis. l. 74. §. 1. & l. 75. ff. h. t.* vel ex ſtipulatu, *quum incertum in obligationem deductum eſt. Si genus promiſſum. d. l. 75. §. 1. h. t. vel factum. In dandi vero obligationibus præciſe ad dandum tenetur promiſſor. In faciendi, liberatur præſtando quod intereſt: l. 13. in fin. ff. ff. de R. J. §. ult. Inſtit. h. Quia coactio ad factum fieri non poteſt ſine vi, quam probibet legiſlator. l. 71. §. 2. ff. de cond. & dem. l. 2. de lib. hom. exhib. Quid ſi purgare moram, præſtando etiamnum factum, velit. Audiendum, ſi ſtipulatoris non interſit, ait Schneidew. h. t. n. 6.* In faciendi obligat. promiſſum præciſe ad factum cogi nequit & cur?

AD THES. XII.

QUIA COACTIO AD FACTUM] Imo etiam coactio ad dandum fieri non poteſt ſine vi. Ergo hæc ratio genuina non eſt, neque in textibus allegatis continetur. Potius hoc ideo conſtitutum, quia obligationes faciendi magis reſtringunt libertatem perſonæ, quam dandi. *arg. d. l. 71. §. 2. de cond. & demonſtr. l. 2. de lib. hom. exhib.*

XIII. Alieno nomine (*connecte cum aph. 1.*) obligatur fidejuſſor. *l. 95. §. ſed etſi de ſolut. Aliter veteribus, prades, vades, fide dictores, ſponſores, fidepromiſſores, adpromiſſores appellabantur.*

Digitized by Google

Vide Salmas. de mod. usur. c. 16. qui alterius obligationem in suam fidem suscipit, ut principalis debitor nihilominus obligatus maneat. *l. 4. 5. l. 23. C. de fidejuss. A quo differt constitutor, qui per nudum pactum constituit se soluturum, quod alius debet: & is semper sequitur principalem obligationem jam contractam, & fit nudo pacto. Item expromissor, qui se principaliter obligat, pro eo, qui non poterat efficaciter obligari. vid. Schneidew. in Inst. h. n. 4. & seq.*

Fidejussor differt a constitutore.

AD THES. XIII.

DIFFERT CONSTITUTOR] Qui & ipse accessorie saltem obligatus est, adeoque etiam ipsi competit beneficium excussionis. *Strub. exerc. 18. th. 84.* Inde cum hodie ex quolibet pacto nudo detur actio, ratione effectus fere nulla inter fidejussionem & constitutum erit differentia.

EXPROMISSOR] Adde Struv. *exerc. 47. th. 35.*

XIV. Fidejubere possunt omnes, qui stipulari, *etiam servi in causa peculiari. l. 3. §. 5. ff. de pec. & l. 19. ff. de fidej.* * *Extra peculium vero ne naturaliter quidem obligantur.* Excepta muliere, *per SCt. Vellej. l. 1. pr. l. 2. §. 1. l. 4. ff. ad SCt. Vellej. l. 18. C. eod. Cui vero renunciare mulier, ut pro se introducto. l. 2. §. 1. ff. ad SCt. Vellej.* * *Etiam extra judicium potest. arg. l. fin. §. 4. ff. d. t. Si modo de beneficio hoc, quale sit, certior facta, quia jus ignorare foeminis permissum. l. 9. ff. de J. & F. ignor.* * *Alias nec jurata renunciatio valere videtur. Quia juramentum debet fieri cum judicio. c. etsi Christus. de jurej. Et ad ignorata non trahitur.* Militibus *l. milites. C. loc. l. 7. §. 1. qui satisd. etiam nostri temporis.* Et Clericis in causa laici. *Nov. 123. c. 6. c. 1. c. pen. X. de fidej. Reliqui, quamvis non prohibeantur, recusari tamen a creditore possunt, quales sunt minores propter benef. restit. l. 7. §. 3. ff. de min. l. 48. §. 1. ff. de fidej. l. 1. C. de filiof. min. Pauperes. l. 2. ff. qui satisd. Privilegio fori utentes propter difficultatem conveniendi. l. 2. pr. ff. qui satisd. l. 1. pr. ff. si quis in jus voc. Peregrinus, quem forensem appellant, qui non est de domicilio creditoris. Treutl. h. th. 2. lit. E.*

Mulier non recte fidejubet.

AD THES. XIV.

RENUNCIARE MULIER] Limitant hoc Dd. nisi pro marito intercedit, *arg auth.*

auth. si qua mulier C. ad SCtum Vellejanum Nov. 134. c. 8. De qua intercessione pro marito vide omnino Struv. *exerc. 21. th. 11. & adde decis. noviss. 25. ibique Philipp.*

XV. Adhiberi omni obligationi, *omnibus ejus generibus, & singulis speciebus*, fidej. potest §. 1. *Inst. h. etiam naturali. d. §. 1. l. 7. ff. h. t.* præsenti & futuræ. §. 3. *Inst. h. t. l. 4. pr. l. 6. §. 2. ff. eod. sive ex contractu, sive delicto, sive civiliter agatur, sive criminaliter, modo pœna certa sit, ordinaria & pecuniaria: Sin; non nisi judicio sisti, fidejussor intervenire potest. l. 22. C. de pœn. l. 5. ff. eod.* * *Etiam pro dote conservanda. arg. l. 8. §. 4. de fidej. l. 4. in fin. ff. si quis caut. in jud. quamvis maritus cogi non possit. vid. disp. nost. 3. aph. 19. in fin.* Sed in illud, quod in principalem obligationem deductum est. *Non ergo in duriorem causam se obligare potest, ut scil. plus debeat, quam reus principalis, quia non potest plus esse in accessione, quam fuit in principali. §. 5. Inst. h. & l. 34. ff. h. Plus autem intelligitur promitti causa, ut si principalis sub conditione, fidejussor pure, si principalis in pecunia: Fidejuss. de tritico, l. 42. ff. h. tempore, d. §. 5. Inst. loco, l. 16. § 1. h.* * *Quod si fidejussor plus promiserit sponte creditori eandem summam, quam principalis debebat, stipulanti, non nisi ad concurrentem summam tenetur. l. 33. ff.* Mand. *Non enim in duriorem causam obligatur, quia stipulator id non egit; tum quod plus promittendo, non nisi eandem summam promisisse dici possit, quæ scil. in majori inest. Sin vero, principali debente X. creditor a fidejussore stipuletur XX. neque ad decem tenetur fidejussor. l. 8. §. 7. de fidej.*

Obligationi ex delicto an fidejussor adhiberi possit?

Fidejussor in causam deteriorem se non reste obligat.

AD THES. XV.

SIVE CRIMINALITER] Adde circa fidejussorem in criminalibus distinctiones, quas ponit Struv. *ex. 47. th. 39.*

NEQUE AD DECEM TENETUR] Adde Struv. *d. ex. 47. thes. 30. & in resolut. ibid. p. 645.* ubi respondet ad *l. 11. de constit. pecun. l. 23. ff. mand.* simulque notat hodie contrarium observari, & fidejussorem indistincte teneri ad quantitatem minorem.

XVI. Efficacius tamen ad eandem causam fidejussor obligari potest. *l. 7. l. 16. §. 4. l. 25. ff. h. t. Puta sub juramento, cum principa-*

At se obligare potest efficacius.

cipalis simpliciter obligetur, aut instrumento guarentigiato, aut adjectione pœnæ. Non vero ad carceres, quia id est mixti imperii, qualia privatis conventionibus non subiacent; Facit perspicue l. Titio. 71. §. Titio. 2. ff. de cond. & demonstr. l. 2. ff. de lib. hom. exhib. Car. Molin. de usur. q. 36. Bartol. in l. alia. 14. §. eleganter. 1. ff. solut. matr. Quid nec quicquam explicatur, ut obtineat, si quidem officio judicis incarceratio fiat. Nam sic quoque manet quæstio, an non excedat tale pactum potestatem privati & libertati sit contrarium.* Neque sub obstagio, id est, ejusmodi stipulatione facti, qua fidejussores promittunt, se, debitore non solvente, ad certum locum venturos, neq; recessuros, donec creditori satisfactum. Vid. Rec. Imp. A. 1577. §. Wie wol auch/etc.*

AD THES. XVI.

MIXTI IMPERII] Ratio Auctoris non stringit, nam obligatio ad carceres mixti imperii non est, cum imperium sit qualitas moralis activa, obligatio vero passiva. Videtur tamen mens Auctoris hæc esse, quod potestas incarcerandi sit mixti imperii, ac tunc valebit tantum hoc argumentum contra obligationem ad carceres privatos, quam nec ipsi probamus.

FACIT PERSPICUE] Imo non facit: quippe *lex 71. §. 2. de condit. & demonstr.* illud dicit, quod non valeat legatum sub restrictione libertatis alienæ. Inde tamen non sequitur, quod nec quis libertatem suam per pactum restringere queat. *Lex 2. ff. de lib. hom. exhib.* non separanda est a *l. 1. pr. eod.* cum sit ejus ratio, non tamen principalis. At *l. 1. pr. eod.* agit de eo, qui dolo malo liberum hominem detinet. Infirmitatem horum textuum jam agnovit Dn. Schilterus *de jure obsidum c. 11. n. 8. & 9.* quamvis paulo aliter respondeat.

MANET QUÆSTIO] Sed hæc quæstio facile solvi potest. Nam ejusmodi pactum juri naturali non esse contrarium concedit Dn. Schilter *d. l. addit. ad cap. 11. n. 14.* (etiam ad carceres privatos, si a statu civili abstrahendus) Juris Saxonici observantiæ idem convenire docet *P. II. const. 21. ibique Carpz. def. 1.* Tantum quæstio est, an id conveniat principiis juris Romani? Affirmat cum aliis Dn. Carpz. *d. loc.* Negat Dn. Schilter. *d. c. 11.* ubi rationibus Carpzovii satisfacere laborat, quibus tamen non obstantibus placet mihi sententia affirmativa, tum *arg. textuum in l. 9. de de serv. export. l. 56. ff. de contrah. emt. l. 1. & 2. C. si mancip. ita fuerint alien. ne prost. l. 1. C. si serv. export. veniat l. 3. §. generaliter & §. si quis volentem ff. de lib. hom. exh.* tum vel maxime (si quis per ea, quæ his textibus reponit Dn. Schilter. *d. l.* moveatur) ob istam rationem,

Digitized by Google

nem, quia Jus Civile hoc pactum nusquam prohibuit. Nec obst. (quæ unica est ratio Domini Schilteri) quod Carpz. fatetur, obligationem ad carceres esse speciem oppignorationis, jam vero oppignorationem liberi hominis esse prohibitam *l. 6. C. quæ res pign. oblig. poss. vel non.* Resp. enim vel textum prohibere oppignorationem liberorum hominum aliorum non sponte consentientium, ob istam causam, quia eos non habemus in bonis, quo spectant, præter verba initialia, & verba ultima *d. l. 6. nisi in his, quæ quis de bonis suis.* Conf. Brunnem. *ibid.* vel loqui de oppignoratione in specie sic dicta, quæ fit cum traditione possessionis (quo faciunt verba: *pignoris titulo accepit*) quæ ideo prohibita est, quod sapiat carcer privatum.

NEQUE SUB OBSTAGIO] Pactum obstagii ex rationis identitate etiam non repugnare juri naturali fatetur Dn. Schilter. *d. addit. ad cap. 11. n. 16.* Quamvis autem putet idem, illud Juri civili contrarium esse, tamen nec hoc procedit, per ea, quæ jam de obligatione ad carceres dicta sunt. Licitum etiam fuit olim pactum obstagii Jure Imperii Romano-Germanici *per recess. imperii de anno 1548. tit.* von wucherlichen *contracten* §. so auch eine Schuld-Verschreibung. Imo & Jure Saxonico, per ea, quæ ex Besoldo refert Bese *disput. inaugur. de obstagio sub Auctore nostro Jenæ 1670. habita c. 2. § 2.* Adde Carpz. *P. II. c. 22. d. 30. n. 2. 3. 4. 5.* Ceterum Jure Saxon Electorali *d. P. II. const. 22. §.* Wir wollen auch das Einreiten *&c. verbis:* gäntzlich verboten haben / & Jure Imperii noviori *recess. Imper. de anno 1577. tit.* von wucherlichen *contracten* §. wiewohl auch in des H. Reichs / ob nimium eorum abusum pacta obstagiorum in totum sunt prohibita, ut adeo non assentiri possim Carpzovio *d. l. def. 31.* statuenti, non obstantibus dictis prohibitionibus, Imperiali, atque Electorali, valere adhuc pactum, quo debitor, si in solutione cesset, se in certo loco staturum, & antequam creditori satisfactum sit, ab illo non recessurum promittit, hujusmodi pactum, vi definitionis, sit revera pactum obstagii, & vero ex verbis Imperialis & Electoralis, constitutionum satis aperte constet, propter abusum, etiam usum pactorum obstagii fuisse sublatum, uti ita necesse sit præjudicium Dnn. Scabinorum Lipsiens. a Dn. Carpz. ibi subjectum ad consuetudinem, per quam dictæ constitutioni Electorali derogatum sit, respicere: Quamvis enim Dn. Schilterus *d. l. addit. ad c. 11. n. 16. in fin.* putet, opinionem Mevii & Redeckeri, statuentium, jus obstagii ab Imperii ordinibus in ipsorum provinciis, salva constitutione Imperii, denuo certis conditionibus introduci posse, cum grano salis accipiendam esse, ne fraus fiat legi Imperii, adeoque non tam de formali obstagio intelligendam, quam de obligatione ad arrestum, docet tamen Bese *d. disput. c. 3. th. 3. & 4.* formale obstagium hodie adhuc in Holsatia, Electoratu Bran-

 den-

denburgico & Ducatu Megapolitano, item in inferiori Saxonia, obtinere.

XVII. Obligatur fidejussor, *ejusque heres. §. 2. Inst. h. t. l. 9. ff. de prob. Etsi ejus nulla mentio facta fuerit. l. 13. C. de Cont. & comm. stip.* ad id, quod tempore fidejussionis in obligatione fuit. *l. 4. §. fin. h. l. 10. C. eod. §. 4. Inst. eod.* tam in sorte, quam usura. *l. 26. §. 1. ff. h. t. l. 10. C. eod. l. 8. C. quod cum eo, qui in al. Non vero ad id, quod ex culpa, morave debitoris principalis accesserit. l. 8. ff. de eo, qui cert. loc. l. fin. ff. de fidejuss. Nisi in omnem causam se obligarit expresse. l. 54. ff. loc. vel tacite. l. 10. ff. rem pup. salv.* Quod si fidejussor ad certum tempus se obligarit, non tenetur ex renovata principalis debitoris obligatione post tempus. l. si tum Hermes. 7. C. loc. Aliud est, si prima obligationis, cui accessit fidejussor, solutio sit dilata, quia terminus solutionis prorogatus differt exactionem tantum l. 12. §. 14. ff. Mand. Non tollit obligationem. Accurate Dn. Riem. dec. 10. q. 4. & 5. Confer. P. Wesenb. cons. 6. Consult. Sax. lib. 1. q. 31.* Ita ut & jure veteri ante principalem conveniri potuerit. *l. 2. 3. 5. C. h. l. 23. C. eod.* Hodie vero exceptionem excutiendi prius principalem habeat, *quod & beneficium ordinis dicitur, qua creditor debitorem principalem, eoq; non solvendo existente, demum fidejuss. convenit. Novell. 4. c. 1. Nisi pro eo fidejusserit, qui tantum naturaliter obligatus erat, quia non potest esse excussio, ubi nulla actio. Vel ei exceptioni renunciatum sit. l. 77. §. 16. d. leg. 2. Fidejussori tamen indemnitatis non nocet huic exceptioni renunciasse, quo magis ante debitorem principalem possit conveniri. Gail. 2. obs. 27. n. 13. Dn. Carpz. 2. decis. 14.* Et jure jurando se obstrinxit, *quia hoc juramentum illud duntaxat firmat, quod promissum est, non autem facit, ut contractus degeneret*, vel ut principalem debitorem se obligaverit, *quia si in casu, ubi plures fidejussores sese singuli in solidum obligarunt, hæc obligatio ex jure communi eam interpretationem recipit, ut salvum sit beneficium divisionis. l. 3. C. de fidejussorib. Nulla ratio est, quin non in hoc casu hæc fidejussorum obligatio ita interpretanda sit, ut salvum sit beneficium excussionis. Vide Ferd. Avi. de Mesa. lib. 2. c. 13. Consult. Sax. 1. 32.*

Fidejussor habet beneficium excussionis.

Etsi ut principalem debitorem se obligaverit.

AD THES. XVII.

NON VERO AD ID] Adde Struv. *exerc.* 47. *th.* 41.

AD CERTUM TEMPUS] Plures distinctiones circa hanc quaestionem vide apud Struv. *ex.* 47. *th.* 47. *n.* 2. Adde Carpz. *P. II. c.* 19. *d.* 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7.

ETSI JUREJURANDO SE OBSTRINXIT] Nec obst. *c. ex rescripto x. de perjur.* [illegible] quod respondet Struv. *in resolut. d. ex.* 47. *th.* 43. Docet tamen Carpz. *P. II. c.* 17. *d.* 5. contrarium in praxi observari.

VEL UT PRINCIPALEM DEBITOREM] Quia & constitutori datur beneficium ordinis. Adde Constit. Saxon. *P. II. const.* 19. *ibique Carpz. d.* 1.

XIIX. Quod si plures fuerint fidejussores, singuli in solidum obligantur. §. 4. *Inst. h. t.* Quibus tamen ex Epistola D. Hadriani subvenitur, ut quilibet non nisi pro rata portione conveniri possit. *d.* §. 4. *l.* 26. *cum duabus seqq.* & *l.* 51. *ff. h. t. Per inficiationem autem hoc beneficium amittitur. l. si dubitet.* 10. §. 1. *ff. h. Si fidejussor se fidejussisse negat. Itemq; expressa renunciatione. l. pen. C. de pact.* In quibus autem casibus solidum solvit fidejuss. beneficium habet cedendarum actionum; *l.* 17. *l.* 36. *ff. h. t.* * *Quod non solum ante solutionem; sed & post eam, absque pacto vel protestatione de cedendis actionibus, habet salvum. l.* 36. *ff. de fidejussor. Dn. Carpz. Jurisprud. forens.* 2. 17. 16.* *Nisi fuerit ei renunciatum, quod recte fieri potest, quia est jus natura sua renunciabile.* * *Nihilominus tamen, non obstante renunciatione, creditor fidejussori solventi actiones cedere tenetur. Dn. Carpz. defin.* 17. tam contra fidejussores, *l. fidejussor.* 27. *l. ut fidei.* 39. *h. t. l. cum alter.* 11. *C. eod. Ita ut partem, quae caeteros confidejussores concernebat, tantum, non vero & suam virilem repetere possit.* Quam contra debitorem principalem, *contra quem actio mandati contraria l.* 14. *C. h.* §. 6. *Inst. eod. l.* 10. §. 11. *l.* 33. *l.* 53. *ff. mand.* & *negotiorum gestorum competit.* Nec non contra pignorum possessores, *habet hypothecariam* * *directam, quoniam, post cessionem actionum* & *ex cedentis persona, directis actionibus experiri licet. arg. l.* 1. *C. de O.* & *A.*

Si plures sint fidejussores, singuli in solidum obligantur.

Fidejussor solidum solvens, habet beneficium cedend. action.

AD THES. XIIX.

PER INFICIATIONEM AUTEM] Alios casus, quibus cesset hoc beneficium, recenset Struv. *exerc.* 47. *th.* 44.

EXPRESSA RENUNCIATIONE] Renunciatio hæc facta non præsumitur, etiamsi in fidejussione dixerint fidejussores, se velle obligari sämtlich / und sonderlich / einen für alle / und alle für einen. *Carpz. P. II. const. 17. def. 9.*
DN. CARPZ. JURISPR. FORENS.] Idem *lib. 2. Resp. 70.* Adde iterum Struv. *d. ex. 47. th. 45. qu. 2.*
DEFINIT. XVII.] *& d. Resp. 70.*

Literarum obligatio jure veteri nominibus fiebat.

XIX. Sequitur literarum obligatio, *quæ alia erat jure veteri, alia jure Justinianeo. Olim nominibus fieri dicebatur, quando vetus debitum ex causa emtionis, locationis, mandati, mutui, aut ex quolibet alio titulo, in literarum obligationem, facta solenni stipulatione transferebatur. Theoph. hic. & l. 6. C. Theod. de denunc. vel edict. rescr. sed in desuetudinem abiit.*

AD THES. XIX.

FACTA SOLENNI STIPULATIONE] Hoc non sufficit, quin potius est descriptio prioris partis in stipulatione Aquiliana §. 2. *Inst. quib. mod. toll. obl.* Nomina itaque olim, præter verba certa, requirebant etiam, ut eadem in scripturam redigerentur ab utroque contrahentium, ut laté tradit Theophilus *hic.* Conf. Tabor. *Part. elem. P. III. sect. 4. th. 40. in M.S. p. 215.* Struv. *ex. 16. th. 41.*

Liter. oblig. jure Justin. quid? Ea non est ex præsumto mutuo.

XX. *Jure Justinianeo* est contractus *nominatus*, quo quis spe futuræ numerationis dato chirographo; *scriptura enim forma est, quæ substantiam hujus contractus constituit.* * *Non ergo ex præsumto mutuo. Inst. h. t. & §. fin. Inst. de oblig.* confitetur se accepisse, quod revera nondum accepit.

AD THES. XX.

NON ERGO EX PRÆSUMTO MUTUO] Literarum obligationem verum contractum, atque mutuo distinctum esse recte contra Bachovium defendit Struv. *ex. 16. th. 40. ibique in resolut.*

Contra actionem s. condictionem ex literis intra biennium exceptio non numer. pecun. competit.

XXI. Oritur ex eo, * *illico, non demum elapso biennio, quia alias tempus esset modus constituendæ obligationis contra l. 44. §. 1. ff. de O. & A. & obligatio biennii, non literarum dicenda foret.* Obligatio & actio, *seu condictio* ex literis ad petendum id, quod chirographo continetur. Contra quam intra biennium *olim quinquennium, ut constat ex constitutione Aurelii Cæsaris in Codice*

Her-

Hermogeniano tit. de pec. caut a, non num. exceptio non numeratæ pecuniæ competit, *qua opposita rejicitur onus probandi in actorem. l. si ex cautione. 3. C. de non numer. pec. Ut actore in probatione deficiente reus absolvatur. d. l. 3. Eo autem probationem implente, detecta rei perfidia, ipse in duplum condemnetur. Nov. 18. c. 8.*

XXII. Potest & is, qui scripsit, intra biennium, literas condicere. *l. 7. cum duabus seqq. C. de non num. pec. post biennium vero querela ejusmodi non attenditur, adeoque debitor ex sola scriptura tenetur.* * *Etsi onus probandi negativam, sibi pecuniam non esse numeratam in se recepit. Quia ubicunque vera & efficax obligatio præsupponitur, ibi nulla exceptio admittitur cum effectu. l. 2. de Except. (Et si accipiat de obligatione, quæ per exceptionem elidi potest, ea jam ante biennium nata erat) sed post biennium talis præsupponitur. pr. Instit. de lit. oblig. Sin admittitur probatio post biennium, neque scriptura jam ad obligationem quidquam facere potest, nec obligatio literarum erit a cæteris distincta. Ratio? Quia alias præsumeretur solum debitorem ex mutuo esse obligatum, quam præsumtionem litera debitoris causarentur, adeoque scriptura non, nisi fidem faceret, quæ contraria probatione refutari posset. l. 26. §. ult. depos. Et obligatio omnis ex mutuo fieto esset, non ex literis. Vid. Dn. Franzk. q. 10. Sandius decis. Fris. lib. 2. tit. 11. decis. 1. Contraria tamen sententia fori est.* Qui scripsit chirograph. illud condicere etiam potest, sed intra bienn. de num. Post bienn. autem illa conditio si querela non attenditur.

AD THES. XXII.

QUERELA EJUSMODI NON ATTENDITUR] De querela ipsa per modum actionis instituenda nullum erit dubium. Sed de exceptione lis est, annon scil. reus post biennium ab altera conventus possit exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere, si onus probandi velit in se recipere? Negat Auctor ex Franzk. ex. 10. qu. 10. Jus enim civile hoc in pœnam videtur constituisse, cum reliquæ exceptiones sint perpetuæ, quia si quod damnum inde patitur reus, sibi suæ negligentiæ debet adscribere, quod intra biennium querelam per modum actionis non instituerit. Dissentiunt DD. communiter, & cum iis Dn. Struv. ex. 26. th. 50. ibique in resol. Sed argumentis eorum facile potest satisfieri, si Franzk. accurate perlectus fuerit.

FORI EST] Sed sub hac limitatione, ut debeat statim probari per documenta

 liqui-

liquida, non per testes, alias admittitur reus in reconventionem. *Vid. Carpz. lib. 2. Resp.* 91. Adeoque forum magis respicit æquitatem naturalem, quam pœnam negligentiæ. Quia hanc potius reo remisit.

DISSERTATIO XV.

De

Contractibus, qui Consensu ineuntur.

RESPONDENTE

MATTHÆO Wendt/ Stargard. Pom.

APHORISMUS I.

Contractus consensuales cur sic dicuntur?

CONtractus solo consensu dicuntur constare, qui perficiuntur simul atque consensus utrinque quoquo modo, *sive per epistolam aut nuncium*, est declaratus, *non quasi in cæteris contractibus ille non requiratur. Sed quod ad obligationem producendam ille solus sufficiat.* Horum sunt quatuor: *Namque matrimonium, adoptionem, donationem, constitutum Althusio, hypothecam, & dotis pollicitationem suis autoribus relinquimus.* Emtio-venditio, locatio-conductio, societas, & mandatum.

AD DISSERTAT. XV.

AD THES. I.

SUNT QUATUOR] De jure veteri concedo. De Jure novo quinque sunt, addenda enim est Emphyteusis §. 3. *Inst. de locat. conduct. vid.* th. 23. *seq.*

Primus inventor emtionis-vendit.

II. Emtio-venditio, *quo nomine unus contractus: sed duo facta significantur. Quamvis alterutrum vocabulum pro toto contractu poni soleat. l.* 7. *ff. de contr. emt. l.* 14. §. 25. *ff. de act. emt. l.* 19. *ff. eod. Hanc primus instituisse Liber pater traditur Plinio,* 7. c. 56. *Et nec dum fuisse in usu tempore belli Trojani, colligit Cornanus.* 7.

Com-

Comment. 5. n. 5. ex l. 1. ff. h. t. *Eoque* est contractus consensualis, *consensus iste est inter emtorem & venditorem solum: non alios. Excepto jure* προτιμήσεως, *ubi absque consensu conjunctorum, qui jus illud habent, prædia alienare non licet. l. 14. C. de contr. emt. l. 16. ff. de reb. aut. jud. Secus si fiat, conjunctus, intra annum pretium offerre & venditum repetere potest. c. 1. §. Titius. 2. Feud. 26.* de re, *quæ merx dicitur. l. 1. ff. h. t.* tradenda emtori & pretio. *l. 2. l. 55. ff. h. t. consistente e numerata pecunia. §. 2. Inst. h. l. 1. ff. h. t. §. 1. l. pen. C. de rer. perm.* * *Quod si ab una parte res seu species, ab altera vero res & pecunia detur, si non appareat, quid actum, vel utrum alteri prævaleat, in dubio permutatio erit. arg. l. 1. ff. de æst. act.* in pecunia numerata, *alias est contractus innominatus. §. 2. h. t.* venditori dando.

AD THES. II.

EXCEPTO JVRE προτιμήσεως] Materiam Juris retractus seu προτιμήσεως tam generice, quam specifice, explicavit Struv. *ex. 23. th. 40. -- 67.*

PERMVTATIO ERIT] Hoc ex d. textu non probatur. Verissima mihi videtur opinio Struvii ex parte emtionem esse, ex parte venditionem. *ex. 23. th. 16.* Adde Schütz *in comp. de contrah. emt. p. m. 237. lit. ff.*

III. Hujus substantia est in re, & pretio, & *qui utrumque conciliat*, consensu. Res emi vendi potest quælibet, quæ in commercio. *l. 34. §. 1. h. t. Etiam incorporalis, ut servitutes, actiones, nomina. l. 2. C. de obl. & act. t. t. ff. & C. de act. vel her. vend. Modo ne alienetur in potentiorem. l. 2. C. ne liceat pot. Et jus actionis certum sit & liquidum. l. 22. C. Mand. Hereditas, d. t. D. & C. de hered. vend. Etiam res aliena l. 28. h. t. l. 11. §. 8. de act. emt. Quia venditor non præcise tenetur dominium transferre. l. 25. §. 1. h. t. sed sufficit præstare, ut emtori liceat rem habere. l. 30. §. 1. de act. emt. Ne evincatur. l. 11. §. 2. & 8. de A. E. l. 66. de contr. emt. l. 8. de evict. Rem autem habere licere significat præstare, ut vel dominium, si res propria vel usucapiendi conditio, si aliena vendita sit, transeat in emtorem sine interpellatione. l. 188. de V. S. Hinc venditor obligationi suæ protinus satisfacit, si vacuam possessionem tradit, et si constat, rem alienam esse, ut debine emtor, ob id, adversus illum agere non possit, quam-*

Substantia emtion. vendit. consistit in tribus.

Venditor præstare debet, ut emtori rem habere liceat.

Rem habere licere quid?

quamdiu res non est evicta. l. 3. C. de evict. Quod non ita est in ceteris contractibus, ubi etiam ante rem evictam, propter solam supervenientem scientiam rei alienæ, agi potest. l. 75. de V. O. l. 9. l. 36. de pig. act. Franzk. comm. ad π. tit. de A. E. n. 100. Itemque reditus annui, modo pensionem justam non excedant. Nec non quæ futura sperantur, *fructus fundi, fœtus pecorum. Quorum venditio valet sub conditione, si nascantur, & nati a die contractus venditi intelliguntur: Si non nati, emtio retro nulla est, nisi per venditorem stetit. l. 8. pr. h. l. 15. de pign. l. 35. & 37. de V. O. Item quæ jam quidem exsistunt: Sed quia de illarum corporibus, quantitate & qualitate contrahentibus non constat, habentur ac si nondum exstarent: venditio tamen eorum pura est, & pretium debetur, etiamsi nihil capiatur, quales sunt alea, jactus retis, captus piscium, avium, missilium. l. 8. §. 1. l. 12. h. Quemadmodum & contra omne debetur, quod captum est, licet pretium rei duplo majus sit. arg. l. 12. d. Act. em. Etsi enim alias in casibus certis, qualis est emtio, id quod interest duplum excedere non possit. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. tamen hic non dicitur æstimari id quod interest: Sed magis ipsa res, captura piscium. Franzk. de cont. em. n. 120. Quod si in jactu retis aliquid aliud, quam de quo actum extractum, venditori id manet, qui præsumitur omne reliquum, de quo non actum, sibi reservasse. Casum in Italia accidisse testatur Sueton. de clar. Rhetor. Idem in regione Milesia contigit, ubi Piscatores, qui jactum retium vendiderant, mensam auream ceperunt. Plutarch. Solone. Diogenes Laert. Thalete. Val. Max. l. 4. c. 1. Quam Apollo Delphicus sapientissime adjudicans, ostendit se juris oppido insipientem. Nihil enim facit sapientia, ad quæstionem, cui res debeatur, alias sapientior rem quamlibet auferre posset. Vid. Pacium tract. de emt. vend. c. 9. n. 128.*

Futurorum venditio valet sub conditione.

AD THES. III.

QVAM DIV RES NON EST EVICTA] Nisi venditor sciverit rem esse alienam, & alienaverit *l. 30. §. fin. de act. emt. Strub. exerc. 23. thes. 107.*

FRVCTVS FVNDI, FOETVS PECORVM] Adde *Schilt. comp. de contrah. emt. p. m. 234. lit. D.*

QVÆ JAM QVIDEM EXISTUNT] His adde, quæ jam quidem existunt, sed

fed adhuc imperfecta, ut fructus pendentes, frumenta in herbis, de quibus vide Schüz. *d. l. lit. D.* Struv. *ex. 23. th. 16. jun. thes. 28. n. 6.*

ALEÆ JACTVS] Adde iterum Schüz. *d. l. lit. C.* & Struv. *d. l.*

QVOD SI IN JACTV RETIS] Adde Franzk. *de contrah. emt. n. 121.* Alii tamen distinguunt, an jactus piscium, an vero jactus retis simpliciter fuerit venditus. Vid. Schüz. *d. l. lit. C.* Sed & hic non tam verba, quam mentem contrahentium debemus considerare.

IV. Nequeunt itaq; eum quæ non sunt in rerum natura, nec futuræ sperantur. *sive antea fuerunt, homo ante venditionem mortuus, ubi venditio ita nulla. l. 15. h. t. ut nec æstimatio debeatur, nec pœna l. 69. de V. O. Si domus vendita, quæ combusta l. 57. h. Modo uterque ignoravit, & simul tota vel major pars domus periit. Sin dimidia vel minor pars periit, venditio subsistit. arg. l. 57. h. t. pretio tamen boni viri arbitratu diminuendo. Quod si uterque scivit, contractus est irritus, dolo inter utramque partem compensato. d. l. 57. §. ult. Si ignoraverit solus emtor & tota domus peremta venditio non valet. d. l. 57. §. 1. l. 8. pr. h. t. Secus si pars, ubi tenetur venditor emtori quod interest restituere. d. l. 57. §. 1. Id est domum integram vel pretium cum usuris. d. l. 57. Si ignoravit solus venditor, venditio consistit, & pretium integrum solvendum. d. l. §. 2. Quia adest adhuc area, quæ pars domus existimatur. l. 98. §. 8. vers. non ex his de V. O. Nec emtor sciens contrahens objicere ignoranti venditori dolum potest. Dn. Franzk. de cont. emt. n. 109. Vel fuerunt & futura sunt nunquam, nec emtio subsistit. arg. §. 1. de inutil. stip.*

AD THES. IV.

HOMO ANTE VENDITIONEM MORTUUS] Scil. quem vivere credebant contrahentes *d. l. 15. pr. h. t. jun. §. 1. Inst. de inutil. stipulat.* aliud dicendum, si vendatur ut mortuus, v. cadaver Stichi, tunc emtio ideo nulla est, non, quod non sit in rerum natura, sed quia res est extra commercium, & scil. religiosa.

SECVS SI PARS] Etiam quantacunque *d. l. 57. §. 1.* ergo etiam minima, quod, respectu emtoris, videtur esse iniquum, cum uterque ignoraverit, & major pars fuerit exusta, emtor non compellatur contractum adimplere *d. l. 57. pr.* quomodo ergo scientia venditoris ejusque dolus poterit emtori nocere? Sed respondeo; quando JCtus dicit, eo casu, si solus emtor ignoraverit, stare venditionem, si modo quantacunque pars ædificii remaneat, intelligendum est; quod venditio stet respectu venditoris;

 qui,

qui, ut JCtus pergit, emtori ad interesse obligatur, ergo emtor potius utique a contractu recedere arg. d. l. 57. pr.

V. Tum quæ quidem exsistunt: sed sunt extra commercium, *vel simpliciter*, ut homo liber, *l. 64. de cond. indeb. cujus venditio etiam cum conditione, si servus erit, inutilis. l. 34. §. 2. h. t. l. 1. l. pen. §. ult. l. ult. de Plag. Nisi major viginti annis ad pretium participandum se venundari passus sit bona fidei emtori. l. 5. §. 1. l. 21. de St. hom. vid. disput. I. aph. 17. vel pater filium sanguinolentum ob famem vendat. l. ult. C. de pat. qui fil. dis. Vide Dissert. 4. aph. 24. Quibus adde, patri id licere, non ut sibi, sed ut filio succurrat, quem propter egestatem alere nequit. Pacius d. tr. de emt. vendit. c. 9. n. 131.*

Res divini juris quibus casibus emantur vendantur.

Res divini juris. *l. 4. 9. 22. 62. §. [illegible] h. t. Nisi ob piam causam. l. 21. C. de SS. Eccl. vel as alienum. Nov. 120. c. 10. c. aurum. 12. q. 3. Vel si fiat venditio per accidens. l. 22. & seq. h. t. l. 62. de A. R. D. l. 5. de sep. viol. (qua ratione & jus Patronatus cum universitate bonorum transit ad emtorem. cap. cum seculum. 13. de jur. Patr.) Quamvis non res ipsa: sed potius jus in iis sacrificandi, sepeliendi, venditum sit. arg. l. 2. §. 1. l. 7. & seq. l. 8. fin. & l. seq. de rel. & sumt. Secus est quoad res Ecclesiasticas, quæ vendi possunt. Nov. 120. si adsit justa causa. d. Nov. c. 6. & 9. & fiat cum consensu Episcopi & majoris partis capituli. d. Nov.* Publicæ *jure gentium*, flumina, portus, *§. 2. Inst. de R. D. Jure vero civili, quarum usus singulorum in populo*, theatra, stadia, balnea, *(Si tamen hujusmodi res sint vendita ignoranti hactenus valet venditio, ut emtor agat actione emti ad inter esse, adversus venditorem sive scientem. §. ult. Inst. h. t. l. 4. & seq. π. eod. Sutb. aph. 16. sive & ipsum pariter ignorantem. l. 4. & seqq. l. 70. h. Sed exceptione justa ignorantia ita defenditur, ut pretium duntaxat restituere cogatur. arg. l. 33. locat. l. 11. §. ult. de act. emt. Quod in stipulatione secus est, disp. antec. aph. 9. (Ratio, quia in emtione sufficit rem habere licere. In stipulatione præcise requiritur, ut dominium transeat. l. 29. §. ult. de V. O.) Quarum autem usus est universorum tantum, quæ in pecunia populi esse dicuntur in dict. l. 6. h. t. l. 22. l. 51. earum venditio valet indifferenter observatis solennibus, quæ in l. ult. C. de vend. reb. civ.*

AD

AD THES. V.

HACTENUS VALET VENDITIO] Scil. respectu emtoris, ut ipsi actio detur, non vero respectu venditoris: Et ita non obst. *l. 62. §. 1. de contrah. emt. Verbis; licet emtio non teneat.*

RATIO QVIA] Mihi videtur illa subesse ratio, quia stipulatori lucrum tantum intercipitur, emtor vero damnum pateretur, ni concederetur actio. Conf. *th. 9. his verb. quia in emtione.*

VI. *Vel secundum quid, ratione ipsius rei, ut* Res litigiosa *l. 2. §. ult. de litig. Qualis est, de cujus dominio vel lis contestata, vel reus in jus vocatus. Nov. 112. c. 1. auth. litig. C. de litig. Licet enim venditio ipso jure valeat, l. 17. in pr. l. 18. de R. V. jure tamen pratorio & ex constitutionibus exceptione litigiosi infirmatur. l. 1. §. ult. qua res pign. l. 1. §. ult. de litig. Vel actio denegatur. arg. l. 9. pr. de jurej. Dixi, de cujus dominio contenditur. Nam si de alio jure reali, minime res fit litigiosa. Vide Sendium decis. Fris. 1, 12. 4.* Furtiva, *considerari potest vel respectu domini, ut nec pretium recipiatur. l. 2. & 5. C. de furt. Etsi a latronibus & militibus nostri temporis extra hosticum degentibus vendita. l. 2. l. 23. C. de R. V. arg. l. 6. C. de Evict. l. 3. C. de R. V. obstante l. 6. de cap & postl. Qua non de latronibus: sed latrunculis, de quibus l. 5. §. 2. ff. eod. l. fin. C. de postlim. l. 5. §. 6. de re mil. Qui sunt gent extera, qua cum neque amicitia, neque hospitium, neque fœdus amicitia causa factum est. l. 5. §. 2. de capt. & postl. rev. & alias barbari vocantur. l. fin. C. eod. l. 5. §. 6. de Re mil. Qui licet proprie hostes non sint, utpote quibus bellum non est indictum. l. 24. de capt. & post. hactenus tamen pro talibus habentur, ut quod ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, & liber homo ab eis captus servus fiat & eorum. l. 5. §. 2. d. t. Unde non immerito sicut postliminio d. l. 5. §. 2. ita & redemtione rerum ablatarum opus fuit. d. l. 6. arg. l. 12. §. 7. & 15. Eod. juncta l. 2. d. t. Dn. Franz. comm. ad h. t. n. 154. * Etsi emtor protestatus sit, quod comparaverit nomine domini, restituturus recepto pretio. Quia dominium rei sua emtor fieri non potest, ut frustra quis ejus ita negotia gerere intendat. Vel Respectu contrahentium. Vide l. 34. §. 3. h.* Venenum *l. 35. §. 2. h.* Purpura privato. *l. 1. C. qua res ven. non poss.* Panes civiles, *annona militaris, frumentum publici ca-*

Res litigiosa vendi nequit. Res litigiosa quænam.

Explic. l. 6. C. de Captiv. Differunt latrunculi a latronibus. Latrunculi quinam? Barbari.

nonis l. ult. C. quæ res ven. l. 7. C. Theod. de ann. civ. Res exportari vetita, ut si quis sine mancipe, id est, salinarum conductore salem emerit aut vendiderit l. si quis. 11. C. de vectig. & commiss. Cupressi luci Daphnensis in Syria, nec non Persica arbores per Ægyptum l. 1. & 2. C. de Cupress. Hodie in Italia sub dominio Veneto quercus in alicujus fundo nata, vendi non possunt, quia Respubl. Veneta his utitur in triremibus exstruendis.

Sine mancipe sal vendi cur non poterat. Manceps quis.

AD THES. VI.

VENENUM] Adde Peinl. Hals. G. O. *art.* 37. §. *ult.* Struv. *exerc.* 23. *th.* 27.

PANES CIVILES] Adde his Romanæ gentis Eunuchos *l. 2. C. de Eunuchis.*

VII. *Vel ratione personarum, venditoris cui alienatio interdicta;* Prædium dotale. *pr. Inst. Quib. al. lic. Vide supra Diss. 3. aph. 14.* feudum sine consensu domini. * *Secus in Emphyteuta, qui se venditurum domino denuncians; post lapsum duorum mensium, non exspectata domini voluntate secure vendit. Non obstat l. fin. C. de Jur. Emph. VEL enim quod ibi in principio de non permissa alienatione dicitur, intelligendum est non de ipso contractu venditionis; sed de translatione totius juris emphyteutici, quæ fit demum per actualem traditionem & inductionem emtoris in fundum emphyt. uti Iason interpretatur: VEL potius tractat Imperator primario de venditione meliorationum, quas per vocem alienationis exprimit, secundario de ipso jure emphyteutico in alium transferendo. Ut hæc sit sententia, quod nec Emphyteuta meliorationes vendere, nec jus emphyteuticum per aliquem actum traditionis sine consensu domini transferre possit: Sed ante omnia ad hoc, illic quidem quando vendere, hic quomodocunque jus emphyt. transferre vult, dominum sub pœna caducitatis requirere teneatur. Ita tamen ut emponemata libere possit vendere, si domino prius denunciaverit, quo morante, etiam invito, post duos menses vendere queat cuicunque.* Res pupill. & minorum, quæ servando servari queunt, & immobiles, *sine decreto judicis. l. 2. & t. t. C. de præd. & al. reb. min. l. 10. C. d. t. Sane ante Severi Imp. orationem res minorum alienari sine decreto poterant. l. 20. de auct. tut. l. 47.*

Explic. l. fin. C. de jur. Emphyt.

Res minor. mobiles quæ servando servari nequ. & immobiles sine judicis decreto non venduntur.

l. 47. §. 1. de Minor. p. Burgus 1. Elect. 7. Diss. Fr. Raguel ad l. ult. C. si major. fac. alien Severus prædia rustica & suburbana alienari sine decreto vetuit. l. 1. pr. & §. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut. Prædia vero urbana alienare non prohibuit. l. Verum 11. §. 5. ff. de Minor. At Constantinus etiam hæc vetuit. l. lex. quæ 22. C. de admin. tut. Vide supra disp. 5. aph. 30. Testamento prohibitæ. *l. 114. §. 14. de legat. 1. l. 38. §. 4. de leg. 3.* Vel ratione *Emtoris*, mancipium Christianum *t. t. C. ne mancip. Christ.* Res emtoris propria *l. 16. h. t. l. 4. C. eod. l. 14. §. 3. de in di. add. l. 45. de R. I. Huc pertinet titulus C. Th. de his, quæ administrantibus vel officia publica gerentibus distracta sunt vel donata.*

Hoc explicatur.

AD THES. VII.

NON OBSTAT] Scil. in verbis : *minime licere emphyteutæ sine consensu domini.* Sed hæc verba plane non obstant, ipse enim Imperator statim ea explicat vers. seq. *Sed ne hac occasione &c.* Adde Struv. *ex. 21. th. 69.*

VIII. *Hæc de rebus. Sequitur* pretium, *quod* debet esse verum, *ut excludatur emtio simulata. l. 54. de O & A. l. 36. l. 38. h. t. l. 3. C. eod. l. 55. h. t. Reique majoris pretii, uno numo facta. l. 10. §. ult. de A. P. l. 46. Loc. in qua pretium perfunctorie & dicis causa intercedit. Vide Scholiasten Horatii ad illud Sat. 2. 5. Hæc tu dic. &c. Non obstat. l. 66. de jur. dot.* Justum, *ut si proportio inter rem & pretium, quo illa æstimatur, non præcisa: sed civilis, ut modicus excessus vel defectus non attendatur, & id est: quod contrahentibus licet naturaliter, id est, revera & secundum exactam proportionem, se invicem circumscribere. l. 13. §. pen. de min. l. 12. §. ult. l. 23. Loc.* & certum, *pecunia numerata (ex sententia Proculeianorum, quæ prævaluit, Salmasio nec quidquam pro Sabinianis umbris luctante, tract. de usur. c. 13. pag. 358.) sive expresse definiatur, sive relatione ad aliud vel demonstratione ostendatur, puta eo pretio, quod in arca est. l. 7. §. 1. l. 37. eod. sive in arbitrium alicujus tertii, expresse nominati, l. fin. C. h. t. non vero emtoris l. 35. §. 1. in. h. t. confertur, isque pretium definierit §. 1. Inst. h. l. ult. C. h. t. Cujus definitioni standum, nisi evidenter iniqua, * quo casu ad arbitrium boni viri reducitur & corri-*

Quo sensu pretium in emt. vendit. justum esse debeat.

Pretium emtionis venditionis est pecunia numerata.

gitur. l. 77. pro soc. arg. l. 30. de op. lib. vide Dn. Franck. com. ad h. t. n. 261. Conditionem tamen vel accidens aliquod licet ini emtoris etiam arbitrium conferre. §. pen. Inst. h. t.

AD THES. IIX.

NON OBST. L. LXVI.] Est enim ibi non vera, sed imaginaria venditio.

NON VERO EMTORIS] Nec etiam venditoris *l. 13. C. h. t.* nec utriusque, *arg. §. 1. Inst. de locat. cond.* his enim casibus venditio nulla est *dd. text.* Adde Schütz *comp. h. t. p. 237. lit. J.* Dissentit cum aliis Struv. *ex. 23. th. 18.* putans si in vendentis & ementis arbitrium conferatur pretii determinatio, perinde haberi, ac si viri boni arbitrium esset electum *arg. l. 6. pro socio l. 24. pr. locat. l. 7. pr. de contrah. emt.* Sed respondeo: In *l. 6. pro socio* agitur de societate, a qua ad emtionem venditionem in hac materia N. V. C. quia emtionis venditionis essentiale est, ut pretium sit certum; Non autem ita essentiale est societati, ut partes lucri & damni ab initio statim sint determinatæ, sed potest subsistere societas ad tempus, etiamsi distributio nominatim plane non sit facta *§. 1. Inst. de societate.* Similiter non obstant *l. 24. pr. locat. & l. 7. pr. de contrah. emt.* Distingue enim inter essentialia emtionis & locationis, & inter horum contractuum accidentalia. Hæc utique possunt committi arbitrio unius ex contrahentibus, & tum perinde habetur, ac si viri boni arbitrium esset electum *d. l. 24. & d. l. 7.* non autem illa, quæ etiam videtur fuisse mens Auctoris in fine theseos hic.

AD ARBITRIUM BONI VIRI] Videndus omnino Franck. *d. l. n. ede. v. 268.* ubi dissentientibus potissimum *ex l. ult. C. de contrah. emt.* motis respondet. Adde Schütz. *comp. h. t. p. 238. lit. I. K. Struv. exerc. 23. th. 18.*

IX. Consensus debet esse circa tum ipsos contrahentes, *ut hi inter se contrahere velint. l. 2. in fin. pr. de judic. l. 9. pr. de her. Inst. l. 4. C. eod. l. 4. §. 16. pro emt. Formula EST. MIHI. FUNDUS. EMTUS. TANTUM. Vide Briss. 6. de Form. Erant & leges rerum commode vendendarum, a Manilio composita. Cic. lib. 1. de Orat. Varro 2. de R. R. 3. ibi P. Victorius.* tum in re ipsa quæ venditur, & tandem circa causam contractus. *Hinc quia nihil consensui tam contrarium, quam* error, *l. 116. §. ult. de R. I. l. 15. de jurisd. is vel* est *in nomine, quod contractum non vitiat. l. 9. §. 1. h. t. l. 4. de legat. 1. l. 32. de V. O. Vel in subjecto ipso, & quidem vel* circa totum suppositum, *si putem me emere Tusculanum, tu vendas Sejanum.* Quo

Error in subjecto vel est circa totum suppositum.

Quo pertinet error circa sexum, & facit contractum nullum. *l. 9. pr. h. t. l. 11. §. 1. de contr. emt. Vel partialis. Et is vel circa partem essentialem, materiam aut formam, si aes pro auro veneat, ubi emtio similiter nulla. l. 9. §. 2. l. 14. h. t.* Secus est in stipulatione (Quia in emtione inter rem & pretium proportio requiritur, & ideo non tantum ad corpus, sed & ejus proportionem, ad pretium aequivalens respici debet. Quod secus est in stipulatione, quae natura συνάλλαγμα per se non continet, & de eo tantum censetur facta, quod expressum est, aut expresso continetur. l. 99. de V. O. aliter Duaren. aliter Cujac. ad l. 22. de V. O. aliter alii) & pignore l. 22. de V. O. l. 1. §. fin. de pign. act. Quia nec in hoc debiti & crediti inter se fit pariatio; quare actione in reliquum creditori consultum est. l. 9. §. fin. de dist. pign. Si vero non in totum erretur in materia: sed tantum in ejus qualitate, emtio subsistit. l. 14. h. t. l. 21. §. 2. de act. emt. (In qua recte: omissa negatione legitur, emtionem esse.) Secus atque statuit Cujac. in l. 22. de V. O. & lib. 2. O. 5. quem sequitur Wissenbach disput.* inst. 35. aph. 7. Vide Gadd. de cont. emt. c. 3. n. 37.) Vel circa qualitatem suppositi, si virginem quis emere existimet, quae mulier est; ubi subsistit emtio l. 11. §. 1. Quia servile corpus aestimationem recipit, & quod emtori propter virginitatem abest, actione ad id, quod interest, resarciri potest. d. l. §. 8. Eadem ratio est & reliquarum qualitatum, ut & accessionum l. 34. pr. ff. h. t. quae contractum non reddunt inutilem. l. 21. §. 2. de act. emt. Ut si fundum servum vendo pro libero, mancipium aegrotum pro sano; Item si circa modum erretur. l. 2. de act. emt. si per mendacium quinquaginta jugera vineae, & quinquaginta prati vendidero. l. si in qualitate 22. de A. E. Si fines multo amplius demonstravero. l. qui fundum ff. de Evict.* Error circa causam contractus, *si ego a te emendi causa quid interrogem, tu animo permutandi aut locandi promittas,* emtionem facit inutilem. *l. 9. h. t.*

Vel circa partem essentialem.

Error circa causam contractus emtionem facit inutilem.

AD THES. IX.

ERROR CIRCA SEXUM] Error circa sexum huc non pertinet, quia in idem suppositum consenserunt contrahentes, sed tantum in qualitate ejus accidentali errant. Quamvis autem error circa qualitatem accidentalem non vitiet contractum, unde & subsistit emtio, si quis mulierem pro virgine

ne emit *l. 11. §. 1. h. t. Vid. Auth. hic pag. seq.* tamen error circa sexum vitiat emtionem, ut si quis se emere putet puerum, cum mulier sit vendita *l. 11. §. 1. h. t. Adde Struv. ex. 23. th. 9. n. 5. in fine Franzk. ad h. t. n. 63.* Cæterum an & hæc decisio *d. l. 11. §. 1.* extendenda erit, si in sexu bestiarum venditarum erratum sit? Non puto indistincte extendendam, sed tum demum, si bestiam alterius sexus, quam putavit emtor, non possit ad eum finem adhibere, ad quem comparavit. Aut potius distinguerem, an bestia vendita sit nomine generico utrique sexui communi, an uni sexui proprio; Si nomine communi, v. g. equi, canis &c. puto emtionem subsistere. Sin nomine sexui uni proprio bovis, vaccæ, eines Hengsts / einer Stutte / iterum distinguerem, an præsens sit bestia, an non. Si non sit præsens, non valebit venditio, si vaccam pro bove quis vendiderit *arg. d. l. 11. §. 1.* si præsens sit, puto emtionem subsistere, cum mendacium hoc venditoris statim ab emtore potuerit deprehendi, qui sibi imputare debet, quod oculos non aperuerit *arg. l. 1. §. 6. de ædilit. edict. l. 15. §. 1. de contrah. emt.* & maxime *arg. l. 43. pr. de contrah. emt.* Alia ratio est in mancipiis humanis *d. l. 11. §. 1. h. t.* quorum sexus vestimentis, singulis sexibus propriis, obtegitur, eorumque detectio contra pudorem naturalem foret. Inde si quis ancillam muliebri veste indutam servum esse dixerit, eamque ita vendiderit, emtionem subsistere arbitror, nisi alia fraudulenta persuasione induxerit emtorem, ut sibi crederet.

ET DE EO TANTUM CENSETUR FACTA] Ratio Auctoris quadrat usque ad hæc verba: utpote quæ ad præsentem casum non videntur accommodari posse. Si enim in stipulatione valeret id tantum, quod expressum est, tum non subsisteret stipulatio, in qua aurum fuit promissum, quod revera æs fuit, quia æs fuit expressum in stipulatione; quod tamen est contra *d. l. 22. d.* [illegible] *O.* Desumsit autem Auctor hanc rationem ex Franzk. *h. t. n. 48.*

QVIA NEC IN HOC] Franzk. *d. l. n. 50.*

IN EJUS QVALITATE] h. e. puritate, vide Franzk. *n. 51.*

L. XIV. H. T.] Cui non obstat *l. 41. §. 1. eod.* Respondeo enim: ibi mensa lignea fuit, & saltem lamina argentea obducta. Ergo in toto genere erratum: diversum quippe genus ligni est, diversum argenti. Franzk. *n. 52.*

L. XXI. §. II. DE ACT. EMT.] Hic enim de genere materiæ constitit, scil. quod sit lignea, erratum autem fuit tantum in qualitate ligni, de mensa habita pro citrea, cum talis non fuerit.

Emtio venditio differt a pacto vendendi.

X. Porro hic consensus debet esse præsens, *non in futuram venditionem, hic enim constituit pactum v'ndendi, quo is duntaxat,*

qui

Digitized by Google

qui promisit, obligatur, non qui vendi stipulatus est, nec ad vendendum cogitur promissor: sed præstando quod interest, liberatur. Et libet. *Coacta enim venditio rescindi solet. l. 1. C. de resc. vend. Nisi per testamentum damnatus sit aliquis emere vendere. l. 5. pr. h. tit. Vel lege cogatur ob sævitiam, ut dominus servum. §. 2. Instit. de his, qui sunt sui vel al.* * *Quod extenditur quibusdam ad hos, qui subditos dure habent, ut cogantur Jurisdictionem vendere. Gomez 2. V. R. 2. n. ult. Aut ob vitandam communionem. l. 34. §. 2. C. de donat. l. 13. §. 17. de A. E. Aut ob religionem, iter ad sepulchrum. l. 12. pr. de rel. & sumt. Vel utilitatem publicam, qualis & annonæ caritas. l. 2. C. ut non lic. in emt. spec. l. 1. §. 11. de O. præf. urb. Quo pertinet casus, transeuntium Electorum Principum ad Electionem novi Imperatoris. A. Bulla. c. 1. §. 3. Item casus. l. 14. §. 1. Quemadm. serv. am. Ita tamen his casibus, ut justum pretium solvatur. l. 2. C. pro quib. caus. serv. pro pram.*

AD THES. X.

QVO PERTINET CASUS] Ejusdem opinionis est Limn. *ad d. §. 3. A. B. c. 1. obs. 9.* Mihi tamen videtur *d. §. 3.* eo non pertinere, ac si civitates cogantur Electoribus vendere res non venales, sed tantum de eo disponere, quod res venales, & maxime victualia vendi debeant justo & communi pretio.

XI. Interdum etiam scriptura desideratur, si ita emtionem fieri placuit. *l. 17. C. de fid. instr.* * *tunc enim scriptura quasi essentialis fit contractui.* Qua perfecta, si arrhæ, *de quibus quid fieri debeat, nihil expressum:* datæ ne quidem de dispendio earum pœnitentiæ locus est. *Secus in nondum perfecta, ubi venditor eas duplicatas restituere, emtor quas dedit pendere cogitur. l. 17. C. de fide instr. pr. inst. h. t.*

AD THES. XI.

NE QVIDEM CUM DISPENDIO] Ad rationes dubitandi ex *pr. Inst. de emt. vend.* accurate respondet Franzk. *ad ff. h. t. n. 27.-31.*

XII. Adjiciuntur huic contractui pacta varia. Quorum verba si ambigua, *interpretatio regulariter facienda est contra vendi-*

Celebriora pacta, quæ emtioni vendit. adjiciuntur sunt:

ditorem. l. 39. de pact. l. 21. h. t. l. 170. de R. J. quippe plerumque legem contractui dicere solet, quod tamen non indistincte sed hactenus verum est, ubi de ambigua oratione & propositione quæstio est. l. 33. de cont. emt. l. 39. l. 21. eod. Exemplum in l. 33. de cont. emt. l. 13. Qui pot. in pig. l. 70. §. pen. de ser. p. u. Non vero ubi in substantialibus erratur Bachov. 6. ad Treutl. th. ult. lit. E. vol. 1. celebriora, sunt de in diem addictione, *quæ est collocatio rei penes emtorem, hac lege, ut si quis intra certum diem meliorem conditionem attulerit, liceat venditori rem alii posteriori emtori addicere. t. t. ff. de in diem add.*

De in diem addictione.

Et lex commissoria, *quæ si emtor intra certum tempus pretium non solvit, res sit inemta. Quod pactum in pignoribus, ut si debitor intra diem conventam non solvat, pignus creditori emtum sit, in l. ult. C. de pact. pign. improbatur.*

Et Lex Commissoria.

AD THES. XII.

UBI IN SUBSTANTIALIBUS ERRATUR] Per *l. 34. ff.* h. t. adde iterum, unde desumsit hæc Auctor, Franzk *d. l. n. 69. 70.*

CELEBRIORA SUNT] His adde pactum, quo venditor dominium rei traditæ sibi tamdiu reservavit, donec solvatur pretium, cujus effectus vide apud Schüz. *comp. de lege commiss. p. 251. lit. S.* Struv. *ex. 23. th. 93. n. 1.*

IN DIEM ADDICTIONE] Hæc addictio in diem dupliciter fit, vel sub conditione resolutiva, si ita vendatur res; ut meliore allata conditione ab ea iterum recedatur, vel sub conditione suspensiva, seu constitutiva, si ita vendatur res, ut tum demum perficiatur, si intra certum tempus melior conditio non afferatur. Quorum modorum differentias & convenientias vide apud Franzk. *h. t. n. 71. seq.* Struv. *ex. 23. th. 30.. 34.* & omnino Schüz. *in comp. Juris h. t. fere per integr.*

ET LEX COMMISSORIA] Hoc pactum semper est resolutivum, deque ejus effectibus vide Schüz. *comp. ad h. t. p. 249. 250. 251.* Adde Struv. *exerc. 23. th. 35.. 40.*

PIGNUS CREDITORI EMTUM SIT] Desumsit hæc Auctor iterum ex Franzk. *de leg. comm. n. 3.* Sed *l. ult. C. de pact. pign.* ita non describit legem commissoriam, quin potius tunc celebratum esse dicitur pactum legis commissoriæ, si creditor pecuniam crediderit ea lege, ut si debita pecunia certa die non reddatur, pignus suum fiat pro pecunia credita. Si autem ita conventum, ut cessante debitore, pignus sit venditum creditori, sive expresse addatur, quod venditum esse debeat justo pretio, sive expresse non addatur, præsumitur tamen tacite inesse, & pactum utrumque valet

valet l. 16. §. ult. ff. de pign. l. 34. ff. de pign. act. l. ult. ff. pr. de contrah. emt. Vid. Brunnem. ad d. l. ult. C. de pact. pign. Strub. ex. 26. th. 7. Conf. supra dicta ad th. ult. differt. 13.

Contractus perfectus. Contractu emt. vendit. perfecto peric. ad emtorem pertinet. Periculum quid?

XIII. Contractu perfecto, *perfectus autem dicitur vel ratione finis, id est, implementi, quod pro fine in hoc contractu intenditur, cum pretium solutum & res tradita, aut si ab altera duntaxat parte alterutrum factum, l. 57. pr. de contr. emt. l. 8. de resc. vendit. l. 1. C. de litig. Vel ratione essentiæ, cum consensum utrinque est. Et hoc casu* periculum *seu casus fortuitus, nempe rei interitus. l. 7. l. 10. §. 1. h. t. l. 3. l. 4. §. 1. de resc. vend. Vel deterioratio. §. cum autem. 3. Inst. de emt. vend. l. 1. pr. l. 4. pr. & §. 1. Vel subreptio. l. 35. §. 4. de contr. emt. l. 14. §. 1. h. t.* emtoris est *§. 3. Inst. l. 7. cum l. seq. ff. de per. & com. rei vend. l. 11. §. 9. cum §. seq. Quod vi aut clam. l. 3. §. 12. & 18. de A. E. l. 2. §. fin. l. 4. §. 4. de in di. add. l. 5. §. 2. de rescind. vend. * Etsi nondum traditio facta. l. 34. §. pen. de contr. emt. l. 11. in fin. pr. de evict.*

Si fundus sit publicatus, sine venditoris culpa cujus sit periculum?

Idem jus est & in emtione per aversionem. l. 1. §. 1. l. 4. §. 1. l. 15. h. t. l. 1. C. eod. Vide Merillium 6. obs. 25. Quid vero si fundus publicatus est sine venditoris culpa? Aut publicatus est ante traditionem, aut post illam. Illo casu ait Africanus l. si fundus. 33. ff. locati, venditorem ex emto teneri. Contrarium respondit Paulus in l. 11. pr. ff. de Evict. Wissenbachius. Disp. ad Inst. 35. §. 23. antinomiam hic statuit, & Hotomanni in eo sibi ὁμοψήφου *candorem scilicet laudat.*

Conciliantur hic. l. 33. D. de Loc. & l. 11. pr. de evict.

At si Wissenbachius & Hotomannus candide Ius Iustinianium interpretari, quam Triboniano insultare maluissent, deprehendissent, in casu publicati fundi ante traditionem, rem instar evictionis haberi; nec idem Ius hic esse, quod in interitu obtinet: Ad evictionem autem venditor ex natura contractus hujus tenetur, & pretium restituere cogitur. Iam si fundus venditus, nec dum traditus publicatur autoritate Principis, vel militibus assignatur, utique vi majori quasi evincitur venditori. Probibetur enim venditor vi externa quo minus tradat. Ergo ex juris regula liberare emtorem actione ex vendito tenetur, aut pretium acceptum restituere, secundum Africanum d. l. 33. At Paulus loquitur de fundo jam tradito, & ait casus futuros, qui post traditionem de futuro emergunt, ad emto-

rem pertinere. Tum quod post traditionem sit dominus, cui res perit. l. 9. C. de pig. act. Tum quia casus futuri, & nunc primum post traditionem emergentes, quiq; antea ne provideri quidem poterant, regulariter emtorem sequantur, arg. l. 7. ff. de evict. l. 4. ff. de probat. ubi qui servum, furem, fugitivum, non esse promiserit, non tenetur evictionis, si postea cœperit fur esse, aut fugere. Ita ex SCto Pisoniano, quando in servum venditum animadvertitur, cum venditor eum propter auctoritatem SCti præstare non potest, solummodo pretium restituere non tenetur. l. 8. ff. de SCto Syll. Ubicunque ergo auctoritate publica, quasi vi majore, res aufertur, ut impediatur traditio, contractus resolvitur, & pretium restituendum. Quod itaque periculum perfecto contractu etiam ante traditionem emtoris sit, ex regula est: Quod in publicatione fundi ante traditionem periculum emtoris non sit, exceptio est, & jus singulare, antinomia non est. Vide omnino Tim. Fabrum, qui in eadem Academia jus civile paulo reverentius, & forsan accuratius tractavit, successore suo Wissenbachio, Disp. anniv. 24. th. 4. n. 9.

AD THES. XIII.

EMTORIS] Adde Struv. ex. 23 *th.* 97. & ibi in resolut. ubi respondet argumentis dissentientis Cujacii ex *l.* 11. §. *fin. de act. emt. l.* 14. § *1. de pericul. & comm. rei vend. l.* 33. *locat.* Conf. Franzk. *de peric. & comm. n.* 12. *seqq.*

PER AVERSIONEM] Quid sit venditio per aversionem, seu ad corpus, Germanice: Uberhaupt / in Bausch und Bogen / Vide apud Franzk. *de pericul. & commod. n.* 8. Struv. *ex.* 23 *th.* 11. & 13. *item th.* 100 *in fin.*

QUOD ITAQUE] Hactenus Auctor conciliavit Africanum & Paulum inter se. Quæ jam sequitur responsio, eo spectat, quod Africani responsum in *l.* 33. *locat.* non obstet regulæ de periculo rei venditæ ad emtorem, etiamsi res nondum sit tradita, spectante.

XIV. Quod si emtio imperfecta, *ut est si in scriptis fieri placuit, scriptura nondum adhibita, l. 4. C. de peric. & com. rei vend. vel si modus, rem certam faciendi non sit adhibitus, ut si res, quæ pondere, numero & mensura constat nec universim, sed ad pondus, numerum, & mensuram venduntur. Priusquam mensurata, pensa, numerata,*

peri-

periculum est venditoris, venditione quasi sub conditione facta. l. 35. §. 5. & seqq. h. t. *Item si ad gustum vendatur. l. 4. §. 1. ff. de peric. & com. rei vend. quod semper præsumitur nisi expresse convenerit, ne gustetur d. l. 4. §. 1.* periculum est venditoris. *l. 4. C. h. t.* *In conditionali autem distinguendum aut res interit ante eventum conditionis, & quia exstinguitur venditio, periculum utique est venditoris: aut res deterior fit, & conditione deficiente periculum venditoris eveniente emtoris est. l. 8. pr. ff. de per. & com. rei vend. l. pen. C. h. t.*

Si emtio imperfect. periculum est venditoris.

AD THES. XIV.

AD PONDUS, NUMERUM ET MENSURAM] Hæc venditio opponitur venditioni ad corpus, & de ea vide Struv. *ex. 23. thes. 11. 12.*

PERICULUM EST VENDITORIS] Nec obst. *l. 2. §. 1. de per. & comm.* Respondeo, loquitur de vino jam gustato, nondum tamen admenso, & dicitur ibi venditor excusari per damnum fatale, non quasi periculum ejus sit, [redacted] quod excusetur, ne ad interesse teneatur, cum alias ob specialem rationem in hoc casu culpam præstare teneatur. *Vide Franzk. h. t. n. 39. 44.*

SI AD GVSTVM VENDATVR] Controversiam de periculo vini ad gustum venditi accurate exponit Franzk. *d. l. n. 25 - 45.* *Adde Struv. ex. 23. th. 101.*

IN CONDITIONALI] Adde iterum Franzk. *d. l. n. 23. 24. Struv. d. ex. 23. th. 99.*

XV. Oritur ex hoc contractu actio emti & venditi, *quæ ut cum effectu competant, necesse est, ut emtor pretium solverit, vel obtulerit, vel fides ei habita, venditor rem tradiderit: alias ille exceptione pretii non soluti. l. 13. §. 8. de A. E. hic rei non traditæ repellitur. l. 15. π. eod.* Illa datur emtori, ut venditor rem,* *nec liberatur præstando interesse, si rei tradendæ facultatem habet. §. 1. ibi: omnimodo. Inst. h. t. §. 2. Inst. de don. l. 11. §. 2. l. 30. §. 1. ff. de A. E. l. 68. in fin. π. de cont. emt. l. 6. C. de rescind. vend. Adeo ut contumaci etiam manu militari res auferri possit. l. 68. de R. V. Diff. Wissenb. disp. Inst. 37. §. 20.* cum omni emolumento, *fructibus pendentibus, & separatis, (quid si stipulatus vacuam possessionem tradi emtor, an stipulatione etiam veniant fructus? Ass. Papinianus. l. 4. pr. de usur. Negat Pomponius l. 3. §. 1. ff. de A. E. Ait Wissenb. disp. pand. 37. th 8.*

 Non

Non agnoscitur antinomia. Inter l. 4. pr. de usur. & l. 3. §. 1. de act. emt.

Non puduisse Cujacium, antinomiam agnoscere. verum est: sed nec puduit eundem, conciliationem Græcorum admisisse, in Papiniano suo add. l. 4. fœtu, partu. l. 7. ff. de per. & com. l. 13. §. 10. & 18. π. de A. E. l. 13. C. eod. tradat, *cum effectu, ne evincatur. l. 66. de contr. emt. l. 11. §. 2. & §. 8. ff. de A. E. l. 8. ff. de evict. Alias, si ex causa dominii vel pignoris evicta, tenetur de evictione ex natura contractus, nonnunquam etiam ex simpla stipulatione. t. 1. ff. de evict. Nisi sciens quis rem alienam emerit. Quo casu ne ad pretium quidem agere potest. l. 27. C. de evict.*

AD THES. XV.

REM TRADIDERIT;] Vel paratus sit ad traditionem. Habet enim venditor jus retentionis, donec pretium tradatur. Et recte instituit actionem venditi, quamvis rem nondum tradiderit, modo paratus sit ad traditionem. Emtor quippe solutione pretii debet initium facere *arg. §. vendita 41. Inst. de R. D. Adde Franzk. h. t. n. 7. 8. 11. seq. Strub. ex. 23. th. ult.*

NEC LIBERATUR PRÆSTANDO INTERESSE] Hanc controversiam difficilem, quod emtor præcise rem dare debeat, solide tractavit Franzk. & argumentis dissentientium respondit *ad tit. de act. emt. cap. 3. n. 28 - 77. Conf. Strub. ex. 23. th. 106.*

CUM OMNI EMOLUMENTO] Seu accessionibus, quas late iterum exequitur Franzk. *de A. E. cap. 8. n. 174 - 262. Schütz. comp. de A. E. p. 260. 281. seq.*

CONCILIATIONEM GRÆCORUM] Gottofr. *ad d. l. 3. pr. & d. l. 4. §. 1.* distinguit, an simpliciter stipulatus fuerit emtor vacuam possessionem, an vero stipulatus fuerit conjunctim rem dari & vacuam possessionem. Alii, ut Hahn *ad Wesenb. de pact. n. 10.* textum *l. 4. pr. de usur.* ibique verbum POSTEA intelligunt de fructibus post litem contestatam perceptis propter *l. 38. §. 7. ff. eod.*

NEC AD PRETIUM QUIDEM] Nec obst. *l. 1. C. si vend. pign. arg. l. 3. §. ult. C. comm. de legat.* Responsionem vide apud Franzk. *de A. E. n. 312. usque ad n. 317.*

XVI. Venditi datur venditori contra emtorem, ut pretium. *l. 13. §. 20. π. de A. E. cujus dominum venditorem facere cogitur. l. 11. §. 2. ff. d. t. Quia pecuniæ usus nullus, nisi fiat accipientis. arg. §. 2. Inst. de usufr.* una cum usuris post moram, *ubi emtor fructus ex re tradita percepit. per d. l. 5. C. de A. E. l. 13. §. 20. & l. 16. §. 1. de usufr.* & sumtus

tos in rem utiliter factos. *l. 13. § 22. π. d. t. l. pen. C. de A. E. post venditionem ante traditionem. d. §. 22. l. 2. de neg. gest.* præstet.

AD THES. XVI.

VENDITI; DATVR VENDITORI] De hac vid. latius Schüz. *in comp. de A. E. p. 284. seqq. Franzk. de A. E. n. 357. seqq. ad fin.*

XVII. Utrique * *tam emtori quam venditori.* * *Imo cuilibet contrahenti, ubi ex natura contractus alter dat, accipit. arg. l. 32. ff. ad L. Aquil.* competit beneficium. *l. 2. C. de rescind. vend.* quo ei, qui ultra dimidium justæ æstimationis læsus, *ex ignorantia valoris l. 145. de R. J.* * *Modo ne juraverit se a contractu non recessurum, arg. l. 1. & auth. seq. C. si adv. vend.* * *Vel renunciaverit huic beneficio expresse arg. l. ult. §. 3. de cond. ind. l. 9. §. 1. ff. de transact.* datur actio ex contractu. *arg. l. 11. §. 6. ff. de A. E.* ad supplendum id, quod deest, vel contractum rescindendum, *d. l. 2. C. de resc. vend.* Benef. l. 2. C. de resc. vend. quid sit & cui competat.

AD THES. XVII.

TAM EMTORI] Ob rationis & æquitatis identitatem, quamvis *l. 2. C.* solum venditoris mentionem faciat, quia scil. Imperator de venditore erat consultus. Dissentit Faber *err. 7. decad. 8.* Cujac. *lib. 16. observ. 18. Vid. Schüz. comp. de rescind. vend. p. 267.* sed his facile responderi potest.

CVILIBET CONTRAHENTI] Vid. Struv. *ex. 23. th. 91.* Schüz. *d. l. & p. 269.* Dissentit iterum Fab. *d. dec. 8. err. 8. & 9.*

COMPETIT BENEFICIVM] De quo vide omnino Schüz. *de rescind. vend. p. 263. - 273.*

MODO NE JVRAVERIT] *Vid. P. II. const. 35. ibique Carpzov. def. 1. Schüz. p. 271.*

ACTIO EX CONTRACTV] Adde Schüz. *p. 264.* Struv. *ex. 23. th. 91.*

XIIX. Locatio conductio est, quo usus, *non res ipsa vel dominium. l. 39. ff. h. t. l. 65. l. 80. §. pen. de contr. emt.* rei cujuslibet, *quæ vendi potest: Sed & bona immobilia Minorum, adventitia liberorum, res dot. a marito, bona feudalia etiam sine consensu domini. l. 9. §. 1. l. 1. & 2. C. de bon. mat. l. 45. π. de R. J.* vel opera hominis. *§. 4. Inst. h. t. l. 25. §. pen. & ult. l. 26. l. 38. π. eod. honesta & locari solita. l. 5. §. 2. de præsc. verb.* pro mercede *certa pr. Inst. h. t. l. 2. π. eod.* * *In pecunia numerata consistente. Non obstante l. 19. §. 3. l. 35.* Merces locat. conduct. in pecunia numerata consistit.

Explic. l. 19. §. 3. l. 35. loc. l. 21. C. eod.

l. 35. h. t. l. 21. C. locat. quibus locis fructus non in obligatione sunt, sed in solutione. De mercede enim convenitur, sed ita, ut solutio pro portione mercedis in fructibus fieri possit. conceditur.

AD THES. XIIX.

IN PECUNIA NUMERATA CONSISTENTE] Locationem proximam esse venditioni ex *pr. Inst. de locat.* constat: adeo ut, sicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus emtio & venditio contraheretur? ita etiam quæstio sit. An quasi permutato rei usu locatio conductio consisteret? Et respondet Imperator *§. 2. Inst. eod.* non esse locationem conductionem, cujus ratio haud posita est in difficili: Quemadmodum enim in permutatione rerum confunduntur personæ emtoris & venditoris, cum non appareat, quæ res vendita sit, & quæ pretii nomine data sit *§. 2. Inst. de emt. vend.* ita &, permutato rerum usu, confunduntur personæ locatoris & conductoris, cum non appareat, cujus rei usus locatus sit, & cujus rei usus mercedis nomine datus sit: Eadem est ratio, si operæ humanæ mutuo quasi permutentur, qualis casus est *in l. 1. §. 9. ff. deposit.* de eo, qui servum suum in pistrinum conjecerat custodiendum, hoc pacto, ut operæ servi cum custodia pensarentur, ubi JCtus præscriptis verbis dari actionem respondet, sine dubio ex illa ratione ultima, quod & hic non appareret, cujus opera locata sit, & cujus opera mercedis locum suppleat. Sed quid si pro usu rei, aut opera hominis, detur non alius usus, nec alia opera, sed loco mercedis res quædam alia, an & tum locatio erit? Patet hic equidem similitudinem inter emtionem & locationem cessare. Nam si res duæ permutarentur, utraque videbatur, & venisse, & pretii nomine, data esse: quia utraque ita permutabatur, ut utriusque rei dominium, vel quasi, in alterutrum transferretur: quemadmodum in modo allatis casibus utrinque usus rei, utrinque opera hominis aderat. At si res detur pro usu rei, aut opera hominis, facile erit dignoscere locatorem & conductorem, non enim utrinque res similes adsunt: Et itaque locator erit, qui usum, aut operam exhibet, conductor qui rem, etiam quæ non est pecunia, præstat: Sed noluerunt tamen JCti veteres hanc locationem admittere, sed regulariter in locationibus omnibus voluerunt mercedem in pecunia numerata subsistere. Excepta locatione fundi frugiferi, cujus merces poterat etiam in fructibus consistere, propter commodiorem contrahendi modum, per expressam *l. 21. C. locat. cond. jun. l. 9. eod.* quæ responsio mihi quidem ad *d. l. 21. C.* videtur esse optima eique favet Brunnem. *ad d. l. 21. C.* item Struv. *exerc. 23. th. 5.* Differtit Franzk. *ad tit. locat. n. 61. -- & maxime n. 70.* item Eckolt *ad eand. tit. §. 6.* Et Franzk.

qui-

quidem duplicem affert responsionem (1) locationem ibi ex pacto fuisse obliquatam (h. e. vocari locationem impropriè) (2) in facti specie *d. l.* 21. ab initio rem per pecuniam esse locatam, & pactum saltem adjectum, ut solutio fieret certò pondere olei (quam responsionem posteriorem & Auctor suam facit) Sed infirmitatem prioris agnovit ipse Eckolt. *d. l.* posterior autem apertè repugnat textui, qui dicit locatum fuisse fundum non certa pecunia, *sed certa ponderatione olei*, item *locatori ab alio oblatam esse* non majorem summam pecuniæ, sed *majorem olei ponderationem.* Vt frustra sit Eckolt. *d. §. 6.* pro hujusmodi responsionibus divinatoriis, nec divinatoriis solum, sed omnino textibus vim inferentibus, addocendo auctoritatem Del-Rio, quasi hunc pro dictatore in materia interpretationis agnoscat orbis eruditus. Sed imo, inquis, responsio tua, nec textu, nec ratione solida nititur, quod effatum Eckolti in *d. l.* de Brunnemanni responsione a nobis retenta, satis injustum quidem, cum illa omnimodo conveniat cum *d. l. 21. jun. l. 8. C. de locat. cond.* ratio vero ejus in eo posita sit, quod textus omnes obstantes loquantur de locatione operarum: ut *d. l. 1. §. 9. depos. l. 5. §. 2. de præscript. Verb.* Adducuntur equidem in contrarium, & quod etiam in locatione usus rei requiratur pecunia *l. 1. §. f. mand. l. 25. §. 6. l. 46. locati*, sed frustra: Nam quod *l. 1. f. mand.* concernit, non video, quomodo de locatione usus rei agere queat, cum ibi JCtus ostendat differentiam inter mandatum & locationem. At in mandato non usus rei conceditur, sed opera hominis præstatur; Lex vero 25. *ff. locati* ideo non obstat, quia ibi is, qui usum rei pecunia numerata conduxit, non opponitur ei, qui certa portione fructuum conduxit, sed colono partiario, qui scilicet usum rei conduxit in certa quantitate fructuum. *Conf. Strub. d. th. 5.* adeoque nihil obstat, quo minus pecuniam in *d. l.* accipiamus pro qualibet re fungibili, certa tamen, qui significatus etiam occurrit *l. 2. §. 3. ff. de reb. cred. & l. 1. ff. de const. pec. ad quem Vide Franzk. n. 3.* Lex denique *46. eod.* tam diu responsionem non meretur, donec ex ea argumentum proferatur assertionem nostram stringens. Nec obst. denique *l. 23. ff. comm. divid.* ibi enim non res certa data pro usu rei, sed usus rei cum usu rei quasi permutatus est, & uterque adeo locatoris & conductoris personam simul gessit.

XIX. Contrahitur consensu expresso, *in locatione primo contrahenda: In continuanda tacitus sufficere potest, si finito tempore conductor, sciente domino, in re conducta permaneat. l. 13. §. ult. cum l. seq. ff. h. t.* vel ad tempus, vel in perpetuum. *l. 10. C. h. t* * *neq; talis locatio in longius tempus in alius contractus naturam abit, cum non temporis adjectione: sed propria conventionis forma contractus* Contractus propria conventionis forma distinguntur, non temporis adjectione.

 distin-

distinguantur. arg. l. 8. π. mand. Tempore autem certo non expresso, in prædiis rusticis censetur locatio facta ad annum, quo fructus percipi possint. In urbanis tamdiu, quoad alteruter contractui renunciet. l. 13. §. fin. ff. h. t.

AD THES. XIX.

IN PRÆDIIS RUSTICIS] Quæ hic Auctor de prædiis rusticis & urbanis affert ex *l. 13. §. fin. h. t.* quamvis etiam accommodari possent ad primam locationem (qui Auctoris sensus est) principaliter tamen, cum in locatione rerum prima communiter tempus adjici soleat *l. 14. l. 24. §. 2. locat. l. 4. §. 1. de reb. cred. l. 30. de legat. 3. l. 67. in fin. de furt. d. l. 13. §. fin.* spectant ad relocationem & reconductionem tacitam, eamque perspicue explicant Franzk. *ad hunc tit. n. 13 - 20.* Struv. *ex. 24. th. 7.* a quorum explicatione dissentit Dn. Carpz. *P. II. c. 37. d. 9.*

XX. Oritur duplex inde actio: Locati, competit ad persequendam mercedem, *in fine anni, nisi aliud conventum. l. 54. pr. ff. h. t. l. 42. ff. de V. O. l. 34. ff. de R. I. Et usuras ex mora. l. 58. ff. h. t. l. 17. C. eod. l. 32. §. 2. de usur. Quod si ob justam causam damni infecti. l. 28. ff. de dam. inf. Incendii l. 49. §. 1. ff. ad L. Aquil. Incursionis hostilis. l. 13. §. 7. π. h. Spectrorum Covarr. 4. var. resol. 6. Carpz. 2. decis. 136 & similium, habitationi renunciatum sit, tenetur tantum pro tempore inhabitationis. arg. l. 15. §. 7. l. 33. π. h. t.* Et rem finito usu. *Quandoque tamen & ante, ut si dominus ædibus locatis indigeat, Pingiz. q. 10. si reficere velit, si conductor intra biennium pensionem non solverit, si male in iis versatus fuerit. l. 54. §. 1. π. h. t. l. 3. C. eod. Quod extenditur etiam ad malos mores conductoris, necnon ad studiosos, qui fistulando, altiore voce cantando, vel clare legendo viciniis studiosis sunt molesti. Gothofred. ad l. 3. C. h. t.* Et: P: restituendam. *l. 48. h. t. l. 25. C. eod. Potest tamen conductor rem alteri locare; & hujus invecta illata domino rei eodem modo sunt tacito pignori pro pensione & fructus nati in prædio rustico: Nisi secundus emtor solverit primo: Cancerius 1. resol. 14. n. 2. Sed contra non restituentem vel dolo possidere desinentem juratur in litem. d. l. 48. §. 1. h. t. Sin culpa res periit, quanti res est, vel interest, damnatur. l. 2. §. 1. ff. de in lit. jur. l. 68. π. de R. V.* Et præstandum dolum, la-

tam

cam ac levem culpam. *l. 13. §. 1. l. 9. §. 1. ff. h. t. l. 28. C. eod.* *Non levissimam. l. 5. §. 2. π. commod. l. 3. ff. nau. caup. stab. 23. π. de R. J.* *Nisi conductor tanquam artifex operas suas locaverit* [illegible] *peritiam professus fuerit. l. 13. §. 6. l. 26. §. pen. h. t.* Damnum autem non præstat. *l. 15. §. 2. d. l. 25. §. 6. ff. h.* *Nisi culpa casum praecessit. l. 11. §. 1. & §. ult. & d. l. 25. §. pen.* *Vel pacto in se recipit. l. 9. §. 2. & l. 13. §. 5. π. h. t.* * *Hoc casu tenebitur etiam de insolito. arg. d. l. 9. §. 2. & l. 11. §. 2. ff. d. t. Vide Ant. de Amato. part. 1. resol. 18.* Conductor damnum non præstat, nisi quibusdam casibus.

AD THES. XX.

PINGIZ. QV. X.] Conductorem invitum expelli non posse ante finitum tempus, nisi propriis usibus Dominus eam necessariam esse probaverit, dicit *l. 3. C. h. t.* quam tamen communiter Doctores limitant, nisi necessitas ista jam affuerit tempore contractus; eamque limitationem concedit ipse Pingizerus *d. l.* An autem lex ista recte applicetur ad casum, quem ibi proponit Pingiz. (scilicet: *an studiosus, qui* [illegible] *Academia domum ad annum, aut semestre spatium conduxit, cogatur ante elapsum terminum cedere viduæ, vel liberis locatoris defuncti?*) valde dubito. Nam quod affert, mortem locatoris non potuisse tempore locationis prævideri, id quidem certum est, sed non tamen video, quomodo sola mors viduæ novam necessitatem afferat re locata utendi. Aut enim defunctus habitavit simul in ædibus locatis, aut non habitavit. Si prius, cum per mortem ejus, viduæ familia minuta fuerit, sane mors non erit causa ampliorem habitationem desiderandi. Si posterius, aut habitavit defunctus in aliis ædibus propriis, aut in conductis. Si in propriis, habent [illegible] hæredes, ubi interim habitent. Si in conductis, aut tempore mortis elapsum est tempus conductionis, aut non. Si non est elapsum, habet iterum vidua, ubi habitet; si est elapsum, hæc necessitas jam aderat eo tempore, quo defunctus locabat Studioso habitationem, adeoque *d. l. 3. C.* huc non potest accommodari, & imputare vidua debet defuncto (cujus factum præstare est obligata) quod de nova habitatione non prospexerit. Accedit, quod probatio necessitatis, quæ expresse in *d. l. 3. C.* requiritur, a vidua intra semestre spatium vix expediri queat &c. Quod vero Pingiz. *n. 15.* dicit, quod Jure Saxonico locationi a defuncto ad certum tempus factæ, hæres, nisi voluerit, stare non teneatur, etiamsi [illegible] locata ad proprios usus non indigeat, simul ad Fachsium *differentia 2. in fin.* [illegible] præjudicia Dnn. Scabinorum Lipsiensium provocans, in [illegible] videtur laudatum Dnn. Scabinorum collegium injuria afficere, quod sententiam irrationabilem (pro qua ipse Pingizerus eam habet) illis affingat. Contrarium potius docet Carp-

zovius *p. II. conf. 37. def. 1.* Adde etiam *def. 2.* ex qua apparebit, falsam esse Pingizeri totam quæstionis decisionem, quia vidua tum demum locationi mariti stare non tenetur, si locatus fuerit fundus dotalis.

GOTHOFREDUS] Sed nec hæc extensio sine distinctione admittenda, quam tamen latius exequi præsens institutum non patitur.

REM ALTERI LOCARE] Indistincte poterit, etiamsi hæc potestas ipsi a primo locatore non sit concessa, modo tamen etiam non sit adempta.

EODEM MODO SUNT TACITO PIGNORI] Consentiunt Franzk. *ad tit. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. n. 7.* Eckolt. *ibid. §. 3. per l. 11. §. 5. vers. plane de pign. act. l. 5. pr. in quib. caus. pign.* Dissentiunt Struv. *ex. 26. th. 26.* Schütz. *in comp. ad d. t. in quib. caus. pign. in fin.* item, quos allegat Eckolt. *d. l.* Hahn & VVissenb. *per l. 24. §. 1. locati l. 53. de act. emt.* Sed respondeo breviter: Prior lex agit de locato prædio rustico, ubi nec primi conductoris res illatæ tacite sunt obligatæ *l. 4. pr. eod.* (*Conf. Strub. d. l.*) Posterior plane non obstat.

NON LEVISSIMAM] Adde Franzk. *h. t. n. 199. seq.* ubi respondet ad textus obstantes. *Conf. Strub. ex. 24. th. 14.*

ETIAM DE INSOLITO] Quia scilicet omnes casus sunt insoliti. Adde Struv. *d. ex. 24. th. 17.* Et hanc limitationem, nisi casus omnino sit insolitus, de quo contrahentes plane non poterant cogitare, cujus exemplum affert Franzk. *hic n. 227.*

XXI. Conducti datur contra locatorem, *ejusq; heredes. l. 19. §. pen. π. l. 10. C. h. t. Non successorem singularem. l. 25. §. 1. l. 12. π. h. t. l. 9. C. eod.* Ut re locata sibi uti liceat, *aut solvat locator id, quod interest. l. 7. 8. 9. π. h. t. siquidem dolo aut culpa ejus uti conductor non potuit. Alias mercedem tantum remittit. l. 33. ff. h. t.* & locator rem ubi opus reficiat, *aut pro eo tempore, quo usui esse non potuit, pensionem remittat. l. ex conducto. l. 27. ff. eod.* damna vitio rei contracta præstet. *l. 19. §. 1. π. d. t. Impensas necessarias & utiles refundat. l. 55. §. 1. l. 61. pr. π. h. t.* Et pensionem vel integram, *si res omnino periit*, aut ejus anni saltem, quo re usus non fuit, remittat. *d. l. ex conducto. §. si vis. & §. ubicunque l. si merces 25. §. si vis ma. ff. eod.*

AD THES. XXI.

REMITTAT] De remissione mercedis distincte agendum, quod præstant Struv. *ex. 24. th. 15. 16. 17.* Franzk. *hic n. 92-134.*

XXII. *Hac ita si res locata sit.* Quoad operas locatas, his non præ-

præstitis tenetur locator in id, quod interest. *l. 1. pr. de A. E. l. a. h. t.* Conductor mercedem debet, *opera præstita: Non præstita vero aut casus obstitit, vel culpa locatoris, & non debetur. l. 15. §. 8. h. aut per conductorem stetit & totius temporis merces debetur. l. 19. §. ult. l qui operas. 33. pr. h. t.* Et curam, *unde si quid operis perierit imperitia ejus, de eo tenetur. l. 9. §. pen. l. 13. §. 1. & seq. h. t.*

AD THES. XXII.

AUT CASUS OBSTITIT] Adde hic iterum Struv. ex. 24. th. 22. 23. 24.

XXIII. Locationi adfinis est Emphyteusis, contractus, *B. F. Juris G. arg. §. 3. Inst. de locat. Consensualis. * Hinc nec scripturam ad perfectionem sui requirit. arg. tit. Inst. de obl. ex cons.* quo prædium *ager, fundus. t. t. si ag. vect. * Sed & urbanum. l. 15. §. 26. de dam. inf. Nov. 120. c. 1.* a domino in perpetuum vel longum tempus fruendum datur. *d. §. 3. & d. l. 1. ff. si ag. vect. l. fin. ff. eod.* sub lege meliorationis. *l. 2. & 3. C. de jur. emt.* & certa pensione annua, *in recognitionem dominii. d. §. 3. d. l. 2. l. 3. C. de I. Emph.* id est canone. *l. fin. C. de I. Emph. Qui consistere potest non tantum in pecunia: sed & rebus cæteris fungibilibus: * Non vero in speciebus seu corporibus, quia id neque fert emtio, neque locatio, ad quas olim referebatur emphyteusis. §. 3. Inst. de loc.* Emphyteusis.

AD THES. XXIII.

HINC NEC SCRIPTURAM] Adde Schüz. *ad tit. si ager vectig. p. 94.*

SED ET URBANUM] Adde Struv. *ex. 11. th. 52.* Franzk. *ad tit. si ager vectig. n. 24. 28.*

IN PERPETUUM. VEL LONGUM TEMPUS] Circa utrumque tempus iterum distinguendum per ea, quæ habet Struv. *d. ex. 11. th. 65.* Adde Schüz. *ad h. t. p. 94. in A.*

NON VERO IN SPECIEBUS] Attestatur tamen Schüz. *ad h. t. p. 94. in G.* communem esse Dd. opinionem, quod canon possit in quibuscunque rebus aliis constitui: Pro qua opinione videntur facere verba *l. 1. 2. & 3.* [illegible] *de Jure Emphyt.* quibus disponitur, pacta omnia contractui emphyteutico adjecta esse servanda. Adde Schüz. *ibid. in A.*

XXIV. Est vel ecclesiastica, quæ in rebus Ecclesiæ, vel civilis, quæ in privatorum quorumvis rebus consistit. * *Illam ad ter-* Ea est vel ecclesiastica vel civilis.

tertiam generationem porrigi volunt; hanc vero perpetuam esse: Sed de utraq. recte asseritur. Nov. 120. c. 6. §. 1. ibi: sed & perpetuo. &c. ad autet. 7. ibi: hereditario jure X. de reb. eccl. non alien. Sed utraque ad quosvis heredes transitoria. *§. 3. de loc. cond. l. 1. pr. π. si ag. vect.* * *Quod si emphyteutæ & filiis concessa emphyteusis sit, ad solos descendentes pertinet, sive primi, sive ulterioris gradus. arg. l. 48. & l. 220. §. 3. π. de V. S. Sive fœminæ, Sive masculi. arg. l. 16. pr. π. de test. tut.*

AD THES. XXIV.

CIVILIS QVÆ IN PRIVATORUM] Imo potius civilis subdividenda in publicam & privatam cum Schüz. *h. t. p. 94. in t.*
UTRAQVE AD QVOSVIS] Adde Schüz. *h. t. p. 95. lit. π.*
EMPHYTEVTÆ ET FILIIS] Adde Struv. *d. ex. 11. th. 65.*

XXV. Oritur ex hoc contractu actio Emphyteuticaria, *quia verisimile est contractum nominatum etiam actionem nominatam parturum. arg. l. 7. §. 1. π. de pact.* qua uterque contrahentium id quod natura contractus, *v. g. ut interitus rei ad dominum, partiale damnum ad emphyteutam spectet, l. 9. C. de pig. act. §. 3. Instit. de loc.* * *Ergo ob sterilitatem, aut hostium deprædationem canon non remittitur, Item ut dominus præter jus percipiendi fructus, etiam rei possessionem & quasi dominium emphyteutæ præstet, quo & vendicare etiam a domino rem. l. 1. §. 1. si ag. vect. locare, donare, legare, permutare, possit. l. 11. C. de fun. patr. lib. 11. arg. l. fin. C. de præd. decur. l. 71. §. fin. π. de leg. 1. l. 219. π. de V. S. Sed vendere non aliter, quam consentiente domino. l. 3. C. de l. emph.* vel pacto præstandum est, persequatur.

AD THES. XXV.

ACTIO EMPHYTEVTICARIA] Quæ utrinque est directa, & de utraque vide Schüz. *p. 94. seq. lit. A.* nec tamen confundi debet cum utili vindicatione, seu actione, si ager vectigalis, de qua vid. Schüz. *d. l. p. 96. in B.* illa enim est personalis, hæc realis.
OB STERILITATEM] Quia canon datur pro dominio utili, non pro potestate fructus percipiendi.
ET QVASI DOMINIUM] Dic potius dominium utile, quia voce quasi dominii communiter venit h. l. possessio.

XXVI.

XXVI. Societas est, quo res & operæ a pluribus ad commune lucrum & damnum in negotiationem conferuntur. *Ita, ut si sortis collatio æqualis, portiones quoq; lucri sint æquales.* §. 1. *Inst. h. tit: pro portione cujusq; pecuniæ aut operæ lucri ratio habetur* * *Proportione tamen non nisi arithmetica.* Estque vel generalis, omnium bonorum, *quæ vel generaliter contrahitur, nulla rerum designatione, & communicantur demum, quæ ex quæstu sive opera cujusq; veniunt. l. 7. cum ll. seqq. ff. h. t. Vel expressè bonorum omnium, in quam veniunt etiam hereditates, legata, donationes l. 3. §. 1. nomina l. 49. π. h. t.* * *Et quod unus ex sociis filiæ in dotem, vel filio ad studia dedit. arg. l. 73. §. 1. π. h. t. l. 39. π. fam. ercisc.* Vel specialis, certæ alicujus rei, vel negotiationis *pr. Inst. h. t. l. 5. pr. π. eod.* * *Quod si socii per institorem negocientur, omnes non pro collatæ sortis quantitate: sed in solidum tenentur. l. 4. §. 1. π. de exer. act.* * *Et uno pecuniam, altero solam conferente operam, pecuniæ periculum ad eum pertinet, qui contulit. Consequenter finita societate pecunia nec dividetur: sed soli conferenti relinquetur. Quia hic non res ipsa communicantur: sed usus & commoditas.*

Societas.

Quæ generalis & hæc iterum duplicis generis.

Specialis.

AD THES. XXVI.

CONFERUNTUR] Dic potius, quod sit contractus de re conferenda Struv. *ex. 22. th. 19.* ipsa enim collatio ad essentiam contractus non spectat, sed est finis saltem, adeoque extra eum.

ITA UT SI] Scilicet si nihil expressum de partibus lucri in ipso contractu. Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent §. 1. & 3. *Inst. h. t.*

ARITHMETICA] Potius Geometrica per ea, quæ tradit venerandus Pater *ad Philos. pract. annot. 107. n. 7. item n. 44. & 49.* Conf. Struv. *ex. 1. th. 17. item ex. 21. th. 27.*

QVOD SI SOCII] Nescio an commode hæc verba parenthesi inclusa ad præsentem locum ab Auctore sint relata, non enim agunt de obligatione sociorum inter se ex contractu societatis veniente, sed de obligatione sociorum, respectu extraneorum, ex præpositione oriunda *l. 1. de exerc. act.*

ET UNO PECUNIAM] De hoc casu vid. omnino Struv. *exerc. 22. th. 53. 54.*

XXVII. Solvitur morte §. 5. *Inst, l. 63. §. fin. π. h. etiam unius d. l. ut nec pacisci possimus, ut heres succedat. l. 35. l. 59. π. h. t.* rei interitu. *l. 63. §. fin.* renunciatione. §. 4. *Inst. tempestive facta. l. 14. d. l. 17. §. 1. & 2.* cessione bonorum §. 8. *Inst.* Eaque finita, *regulariter l. 5.*

C. h.

C. h. t. Vide tamen d. l. 65. §. pen. ff. h. t. datur actio pro socio utrinque directa. *§. 2. Inst. de pen. tem. lit.* ad id, quod alter alteri ex natura contractus *t. t. π. & C. pro soc. In quo veniunt dolus lata ac levis culpa §. fin. Inst. h. l. 72. ff. eod. Condemnantur autem socii socio in id tantum, quod facere possunt tempore rei judicandæ, l. 63. pr. & §. 6. π. h. t. l. 6. ff. pro soc.* vel pacto præstare oportet.

AD THES. XXVII.

QUOD FACERE POSSUNT] Sive sit societas universalis, sive particularis. Nec obst. *l. 16. de judic.* vid. Struv. *ex. 22. th. 37. ibique in resolut.*

Mandatum.

XXVIII. Mandatum est contractus de alicujus negotio *honesto & licito. Rei enim turpis mandatum nullum est. §. 7. Instit. h. t. l. 6. §. 3. l. 22. §. 6. π. Quod si tamen completum fuerit, tam mandans quam mandatarius ei, qui ex hoc mandato læsus, tenetur. l. 7. §. fin. π. de jurid. l. 1. §. 1. ff. de eo per quem fac. l. 11. §. 3. π. de injur. l. 15. π. ad L. Cornel. de Sic.* gratis, *nam mercede intercedente, est locatio conductio. l. 1. §. fin. & §. ult. Inst. h. Vel contractus innominatus. §. 1. Inst. de loc. Honorarium autem intervenire nil probibet. l. 6. pr. π. h. t. Quia multa inhoneste petuntur, quæ honeste accipiuntur, l. 1. §. 5. π. de extr. cog.* expediundo, *l. 12. §. 14. π. h. t.* Cui comparatur ratihabitio, quæ ad tempus negocii gesti retrotrahitur. *l. 60. de R. J. & actionem mandati producit, d. l. 60. de R. I.*

Honorarium mandati contractum non destituit.

AD THES. XXIIX.

ACTIONEM MANDATI PRODUCIT] Nec obst. *l. 6. §. 9. ff. de negot. gest.* Vid. *Struv. ex. 22. th. 5. & ibi in resolut.*

Mandatum aliud generale.

XXIX. Estque vel generale, *quo universitas negotiorum mandatur. l. 58. & seq. l. 63. de procur. l. 6. §. 6. h. * Quod Dd. subdistingunt in id, quod cum libera tot. bonorum administratione datum est, & quod sine ea. * Quæ distinctio non necessaria: Ferri tamen potest per l. 63. de procur. juncta l. 9. §. 4. de A. R. D.* vel speciale, certæ rei. Utrumque vel mandantis, vel aliena vel mandant. & aliena, vel mandant. & mandatarii, vel aliena & mandatarii gratia contrahitur. *pr. Inst. de mand. Solius autem mandatarii causa inutile est legatum. d. pr. Quia potius consilium est, unde nemo obligatur, nisi sit dolosum. l. 47. ff. de R. I.* Solvitur re adhuc integra contraria voluntate. *l. 21. de procur. l. 12. §. 6. h.* Et morte alterutrius. *Nisi vel*

Aliud speciale.

man-

Digitized by Google

mandatarius ignorans mandantem decessisse mandatum exsequutus sit, ubi utilis actio l. 26. l. 56. ff. h. t. l. 19. §. si quis in fin. ff. de donat. Vel non amplius sit res integra: arg. l. 13. de tut. & rat. dist. Vel mandatum post mortem mandantis effectum sortiri possit, ut in l. 12. §. ult. l. 13. h. t.

AD THES. XXIX.

NON NECESSARIA] Vid. Franzk. *h. t. n. 60. seqq.*

UTRUMQUE VEL MANDANTIS] Inutilis videtur hæc distinctio Triboniani *pr. §. 1. & seqq. Inst. h. t.* quæ ipsi nata videtur occasione legis *6. §. 4. ff. eod.* Potius dicendum nullum esse mandatum, ubi non per se adest utilitas mandantis *l. 8. §. 6. ff. eod.* & in exemplis, quæ recensentur *§. 3. & 4. Inst. h. t.* facile ostendi potest, & hic actionem mandati non dari, nisi quatenus adest per se utilitas mandantis. Conf. Franzk. *h. t. n. 41. seq. item ex. 11. qu. 6.* Struv. *d. ex. 22. th. 9.* In *§. 2. & 5. Inst. eod.* utilitas mandatarii & aliena non oritur per se ex mandato, sed per accidens.

XXX. Oritur inde actio mandati directa contra mandatarium, ut mandatum exsequatur, *vel si dolo aut culpa neglectum, ut præstet quod interest l. 16. C. eod.* * *Etiam levissima l. 13. l. 21. C. h. t. l. 23. de R. I. Ob dolum autem damnatus fit infamis. §. 2. Instit. de pœn. tem. lit. l. 6. §. 5. π. de his qui not. infam.* Et si quid occasione mandati ad eum pervenit, restituat. *l. 10. §. 2. & 8. l. 20. pr. ff. h. t. l. 46. §. 4. ff. de procur. Ergo & actiones cedere debet. l. 8. §. 5. l. 28. l. 43. §. 3. ff. h. t.*

AD THES. XXX.

ETIAM LEVISSIMA] Adde Struv. *ex. 22. th. 10. ibique in resolut.*

XXXI. Contraria datur mandatario ad recuperandum id, quod ex causa mandati ei abest, *veluti sumtus, quos necessario vel utiliter impendit. l. 10. §. 9. l. 12. §. 9. l. 26. §. fin. l. 45. §. 4. ff. h. t. Eorumque usuras d. l. 12. §. 9. l. 1. C. h. t. Etiamsi feliciter ei non successit. l. 4. C. eod. Aut dominus minori sumtu confecisset. l. 15. 20. 26. §. 6. h. Aut aliquo casu impeditus mandatum implere non potuerit, l. 56. fin. l. 45. π. h. t.* * *Quod si fines mandati excessit, habebit actionem mandati l. 4. h. t. sed utilem, usque ad terminos scilicet mandati præfixos. In eo vero, quo excessit terminos mandati nullam,* * *nec negotiorum gestorum quidem l. 3. §. ult. h. t. l. 4. h. §. 8. Inst. eod. Quia qui mandatum certis finibus coercet, id quod ultra est, pro-*

Actio mandati contraria datur mandatario.

Mandatarius in eo, quo excessit mandati terminos, nullam actionem habet.

Ne quidem negotiorum gestorum.

Adjicitur solida ratio.

prohibere videtur. l. 31. §. 4. ff. de neg. gest. De eo autem quod prohibente domino gestum est, nulla competit actio. l. si pro te. 40. π. h. t. l. fin. C. de neg. gest. Vide dissertationem nostram secundam ad quinquag. Decisiones.

AD THES. XXXI.

SI FINES MANDATI EXCESSIT]. Vide Franck. *h. t. n. 73 seq.* Struv. *Ex. 22. th. 12.*

DISSERTATIO XVI.

De

Contractibus innominatis, & Obligationibus quæ quasi ex Contractu.

RESPONDENTE

CHRISTIANO MELCH. Heidenreich / Longosal.

APHORISMUS I.

Contractus innominati quid? Cur hi speciale nomen non acceperint, ut nominati?

Nudo consensu in contract. innominatis obligatio non contrahitur.

Actio præscriptis verbis cur sic dicitur?

SEquuntur Contractus innominati, *qui vel quod minus frequentarentur, generali nomine relicti sunt: Vel cum in Rempubl. Romanam reciperentur, peculiari nomine non insignirentur, quod secus fuit in nominatis, v. g. emtione. §. vendita. 41. Instit. de R. D. l. 33. de Ædi. edi. vel ob naturam vagam & non circumscriptam, unde & incerti appellantur. l. & uno. 18. pr. ff. de acceptil. l. 1. §. debitum π. de constit. pec. l. 7. § 2. de pact. &* negocium civile seu causam, *sed* generalem, *nec certis limitibus definitam* continent, *nempe rei dationem ex conventione descendentem. Dum enim id, quod inter contrahentes placuit, ab alterutro contrahentium datum factumve est, obligatio contrahitur. Non ergo nudo consensu, ante dationem aut factum, obligatio contrahitur ut vult Mesterciu. lib. 1. de Iust. Rom. leg. c. 3. n. 2.* Proprio nomine destituuntur: *Sed vel generali aliquo verbo indicandi, vel certe pluribus adsumtis & factum ipsum naturaliter describentibus, declarandi sunt. Unde actio*

præ-

præscriptis verbis, *id est*, *ut Græci reddunt*, *τῶν προγεγραμμένων συμφώνων*, *dicitur*, *quod detur ex præscripto conventionem*, *vel proinde*, *uti convenerit*, *si quidem conventio in scriptis facta non sit*. Causam tamen habent. *l. 7. §. 2. ff. de pact.* id est, dationem vel factum, ex qua *si nempe ab alterutro dari vel fieri cœptum est*, nascitur obligatio. *l. 1. §. 2. ibi: ex re tradita ff. de rer. perm. l. 3. C. eod. l. 45. π. de pact.*

Contractus innominati non nomen quidem, sed causam habent. Causa quid h. l.?

AD DISSERTAT. XVI.

AD THES. I.

CONTRACTUS INNOMINATI] Quæ in hac thesi Auctor de natura contractuum innominatorum profert, iis adde B. D. Schilteri dispue. *de Nomine & Causa anno 76. Lipsiæ habitam.* Conf. supra *differt. 12. th. 15.*

UT VULT MÆSTERTIUS] Conatur Mæstertius paradoxon hoc, quod contractus innominati sola conventione ante dationem, aut factum obligent, adstruere per *l. 5. §. 4. de condict. caus. dat.* Sed respondent ejus objectioni Tabor *Partit. Elem. P. III. sect. 4. th. 15. p. m. 185.* Bicc. *in Aur. sect. 4. th. 18. lit. K. p. 400.* Struv. *ex. 25. th. 11. in resolut. p. m. 345. seq.*

II. Horum alii *propius ad contractuum nominatorum naturam accedunt*, & dici queunt irregulares, ut contractus æstimatorius & permutatio, *quia a regulari innominatorum natura partim recedunt, partim etiam nomen quale quale habent.* * *Et hi sunt bonæ fidei §. 28. Inst. de Act. Reliqui stricti juris.*

AD THES. II.

SUNT BONÆ FIDEI] Ideo permutatio & contractus æstimatorius dicuntur b. f. contractus, quia in utroque proportio est ab utraque parte contrahentium. Conf. dicta *ad differt. 12. th. 17.*

III. Contractus æstimatorius est, cum res æstimata, *quod emtionis venditionis est*, certo pretio vendenda, *quod locationem conductionem sapit*, datur, ut is qui accepit, aut rem, aut æstimationem restituat. *Quoad periculum autem distinguitur. Aut ego venditor te rogavi*, & *periculum est meum. L. 17. §. 1. de præsc. verb. L. rogasti, 11. pr. ibi, si venalem habui, mihi periit. Quod plerumque fit, rescrutariis*, den Trödelweibern und Hausirern *data. Sive æstimatio facta est propter rem ipsam*, & *quasi conditionalis inter dantem & accipientem contracta emtio, ut hic vel rem ipsam vel pretium taxatum restituere possit; quia res propius accedit ad locationem, sive*

Contractus æstimatorius quid?

adjecta æstimatio ei fini, ut sciret accipiens quanti rem venderedebaret. Aut tu me dominum rogasti, cum propositum vendendi, vel venalem rem non haberem, forte ut uterem numis & tuum est periculum. l. 1. §. 1. π. de æstim. quia hoc propius venditioni negotium est. Aut neuter alterum rogavit, sed duntaxat consensimus, & periculum manet vend toris, accipiens autem tantum de dolo & culpa tenetur, quia & hic locatio eminet d. l. 17. de præs. verb. * *Quod si accipiens rem sibi retinere & æstimationem solvere velit, licebit, si æstimatio vim conditionalis emtionis habeat.* **Bach.** *ad Tr. th. 2. lit. g. Vult. Jurispr. c. C. 1.*

AD THES. III.

QVOD LOCATIONEM CONDUCTIONEM SAPIT] Imo idem, quod in contractu æstimatorio res certo pretio vendenda detur, hic contractus non sapit locationem, sed potius iterum emtionem (Adde Struv. *ex. 25. th. 5.*) Potius ita dicendum: Si is, qui hoc modo rem vendendam accipit, officium gratis præstet, mandatum in eo sapit contractus æstimatorius, sin mercedem certam pro præstanda opera accipiat, locationem conductionem.

SIVE ÆSTIMATIO FACTA EST] Scilicet taxare videtur Auctor eorum sententiam, qui ad conciliandos textus *l. 17. §. 1. de præscript. verb. & l. 1. §. 1. de æstim. act.* dicunt, illam loqui de eo casu, si æstimatio saltem facta, ut sciret accipiens, quanti minimum res esset vendenda, hanc vero de eo casu, si æstimatio ideo facta, ut res vel pretium sit restituendum, & recte statuit Auctor utroque hoc casu, si modo venditor dominus rogaverit alterum, ut rem hoc modo vendendam accipiat, periculum esse venditoris. Clarius rem proponit Struv. *ex. 25. th. 7.* in fine, & adde omnino Eckolt. *de æstimat. act. §. fin.*

QVIA RES PROPIUS ACCEDIT AD LOCATIONEM] Videntur hæc verba commodiorem locum invenire post illa, quæ paulo ante repetiuntur: *mihi perit*. Hoc loco enim sensum turbant.

SI ÆSTIMATIO VIM CONDITIONALIS EMTIONIS] Explicationem hujus limitationis pete a Struv. *d. ex. 25. th. 6.* Oritur itaque ex hoc contractu actio æstimatoria, quæ datur ei, qui rem vendendam dedit, adversus eum, qui hoc modo accepit ad hoc, ut res incorrupta, vel æstimatio ejus reddatur *l. 1. §. 1. de æstim. act.* Petitio igitur in hac actione alternativa est *d. l. 1. §. 1.* Quod vero ex Meiero addit B. Eckolt. *h. t. §. 3.* si res simpliciter vendenda, aut sub certo pretio ita data sit, ut, si pluris venit, sibi haberet venditor, tunc solum peti debere æstimationem, non agnosco. Nam si

ejus-

ejusmodi pactum, ut venditor majus pretium retineat, adjicitur, ideo hoc fit, ut majorem diligentiam alter in re vendenda adhibeat. Quod si ergo tanti, quanti conventum fuerit, rem non possit vendere, non videtur obligatus esse, ut ipse rem retineat, & ejus æstimationem præstet, nisi forte quidam affuerit, qui determinatum pretium dare voluerit, ipse autem ei pro hoc pretio noluerit vendere &c.

IV. Permutatio est contractus sine nomine: *Tametsi enim uno nomine exprimitur: Illud tamen speciale non est, & uni contractui proprium: sed generale, ut commercii, ad cæteros omnes, ubi mutua est obligatio pertinens. Adfinis est emtioni venditioni. Sed differt, quod in ista discerni merx & pretium non possint. Si enim spectetur, quod revera subest, utrumque merx est: Sin æstimatio, utrinque pretium. Et cum emtoris & venditoris diversa sit præstatio, ut ille præcise nummos cogatur facere accipientis; Non iste: Permutatio non poterit esse species venditionis. Quia si utrinque pretium esset, utriusq; res fieri oporteret: Sin merx, neutrius.* Quo species* *Propria, an aliena, non interest, quia & usucapiendi conditio. l. 4. §. 17. de usuc. Et evictionis præstatio locum habet. l. 1. C. h. Merill. 1. var. 28. Non obstat. l. 1. §. 3. de permut. Quia loquitur de casu, quo accipiens rem rescivit esse alienam, & propterea noluit rem suam vicissim dare, ubi, qui primus dedit, non habet actionem præscriptis verbis, ad implendum contractum: Sed condictionem ob causam dati, ad recipiendum quod dedit.* Cum specie, *seu duo invicem individua,* * *sive ejusdem, sive diversorum generum. l. 1. § 1. de contr. emt. ubi vinum pro ferro.* commutantur, *ita ut res utriusque fieri debeat ex intentione agentium: Et si ex natura contractus hoc præcise non sit necesse. Ut in emtione secundum intentionem emtoris, res debet ejus fieri: sed præcise tamen non obligatur venditor ad hoc. Unde in permutatione res si postea evincatur, in factum danda actio. l. 1. §. 1. h. t. seu præscriptis verbis, ut recte Cujac. ad Paulum l. 1. h. t. Vereor enim ut vera sit sententia Dn. Franzkuii h. tit. n. 4. quod præscript. verb. actio tantum, antequam utrinque res data, locum habeat, non ubi traditio semel facta. Nam Paulus in l. 5. §. 2. in fine, utique actionem in factum civilem, quæ est haud dubie, præscriptis verbis, concedit, etiam secuta utrinque traditione, & evicto Sticho. Quod si ex una parte res & pecu-*

Permutatio est contractus innominatus. Et differt ab emt. vendit.

Explic. l. 1. §. 3. de permut.

P. V. Actio sive secuta sit utrinque venditio sive non, locum habet.

cunia, ex altera res sola data sit, videndum, prævaleatne res, an pecunia, ut vel permutatio vel emtio statuatur. Nisi ex mente contrahentium liqueat, quem contractum celebrare voluerint. l. 6. §. 1. de act. emt. l. 1. C. de permut. l. 18. de donat. * *Ubi vero pecunia & res pro re data, ejusdem sunt pretii, in dubio permutatio contracta intelligitur.*

AD THES. IV.

AD CÆTEROS OMNES] Imo non. Quis enim locationem, aut societatem &c. permutationem diceret? Potius ideo sine nomine dicitur, quia generale est ejus objectum, non, uti in emtione, speciale.

UT VERA SIT SENTENTIA FRANZKII,] Accedit tamen ipse Franzk. *d. l.* etiam ad Auctoris sententiam. Adde Struv. *ex. 25. th. 27.*

Permutatio, est contractus do, ut des.

V. Hinc est ille ipse contractus.* Do ut des. *Etsi enim late hic articulus omnem rem, qua commutatur, sive facto ipso, qualis est ob rem datio; sive ex conventione præcedente comprehendat; Ex usu tamen juris, ubi consensus dationem præcessit, plane conveniunt permutatio, & Do ut des. Ille enim contractus procul dubio est permutatio, de quo tractatur ff. de permut. At ille & permutatio rerum vocatur, perinde uti Do ut des articulus in l. 5. §. 1. de præscript. verb. & de eo similiter ut de Do ut des articulo affirmatur, quod non nisi pro re & re fit, non vero pro re & pecunia, & quod actionem præscriptis verbis pariat. l. 1. & 4. C. h. t.* * *Non itaque Do ut des principium permutationis. Quia ubi ex utraque parte datum, contractu ita impleto, nullus amplius obligationi ad id, de quo convenit præstandum, locus esse potest. Nam ubi id consecutum est, de quo contractum fuit, obligatio non constituitur: sed dissolvitur.* Sive speciem certam cum specie permutes, *quem articulum solum quidam permutationem statuunt:* sive genus cum genere, vel genus cum specie, *qualem conventionem alii ad Do ut des referunt: Sed cum contractus perficiantur rei traditione, genera autem dari non possunt, non video, quomodo contractus variare possint. Sin genus intelligunt in obligatione esse, in traditione, vero ad speciem perveniri: Jam non contractus erit illa conventio de genere: sed pactum de dando. l. 3. C. de rer. permut.* * *Nisi cum Corrasio per genus intelligas rem fungibilem, ut si pecuniam dem, ut Stichum accipiam.*

AD

Digitized by Google

AD THES. V.

ILLE IPSE CONTRACTUS, DO UT DES] Rem eleganter explicat Franzk. *de praescript. verb. n. 21. seqq.* quem prae oculis videtur habuisse Auctor. Nec obstat (1.) quod de permutatione sit peculiaris titulus in ff. in quo de contractu, do ut des, nihil agatur. (2.) Quod permutatio sit contractus innominatus irregularis, do ut des, regularis. Resp. enim ad (1.) id non stringere, sed saltem Triboniani methodum inelegantiae arguere, qui & alios titulos maxime coincidentes separare solet v. g. titulum *de contrah. emt.* a titulo *de action. emt.* Imo potius invertimus, quia in Codice permutatio & actio praescriptis verbis iterum conjunguntur. Etsi autem in titulo *de permutat.* non fiat mentio contractus, do ut des, fit tamen in *l. 5. §. 1. de praescript. verb.* mentio utriusque. Jam vero unus textus ex alio explicandus est. Ad (2.) Resp. Auctorem negare *th. 8.* contractum do ut des esse regularem. Posses tamen, si hunc inter regulares referre velles, negare permutationem esse irregularem cum Eckolt. *de aestimat. act. §. 1.* prout nempe vocem contractus irregularis explicaveris. Ulterius non obstat *l. 15. de praescript. verb. & l. 17. §. 5. eod.* in quarum casibus Eckolt. *de ver. permutat. §. 3.* putat contineri contractum, do ut des, nec tamen eosdem posse ad permutationem referri. Nam respondeo potius ibi exempla referri contractus, do ut facias.

QVEM ARTICULUM SOLUM QVIDAM] Quos recenset Eckolt. *d. l.* iisque ibidem respondet.

GENERA AUTEM DARI NON POSSUNT] Subtilitas haec Metaphysica litem non tollit. Haud enim ea dissentientium est opinio, quasi genus, prout est notio secunda, cum alia notione secunda permutetur, sed potius ista, quod individuum cum alio individuo genere (vel sensu philosophico specie) diverso permutari queat, quod sane possibile est, si v. g. bos cum equo, aut bos cum supellectili permutetur. Et ejusmodi contractum dissentientes ad do ut des referunt, si vero species cum specie, h. e. bos cum bove, equus cum equo permutetur, dicunt esse permutationem proprie dictam. Nos igitur, breviter respondemus, hanc distinctionem omni juris fundamento destitui.

INTELLIGAS REM FUNGIBILEM] Non opus est, ut ad fungibiles tantum restringamus per modo dicta.

VI. *Sed primo genus in hoc significatu forte non occurrit. Dein haec species emtio-venditio est. l. 5. §. 1. de praescr. verb. Nec obstat. l. fin. ff. de cond. caus. dat. quam indissolubilem & horribilem antinomiam statuunt. Celsus enim in d. l. ult. negans esse emtionem, loquitur, non de contractu; sed obligatione ob rem dati, quae sine praevia* Concil. l. 5. §. 1. Praesc. verb. & l. fin. de cond. caus. dat.

Contrahere. *conventione contrahitur. Datio enim ob rem genus quoddam omnium contractuum est, adeoque omnibus contractibus inest. Contrahere enim est prævia conventione ad dandum vel faciendum se ultro citroque obligare. l. 19. de V. S. At dare ob rem est simpliciter nulla facta* Dare. *conventione, in hunc quidem finem dare, ut aliud accipiat, non tamen ita ut obliget alterum & cogat, vicissim dare vel facere. Vide pluribus Hortens. ad l. 5. pr. ff. de præscript. verb. Hinc recte Celsus periculum non esse ejus, qui prior dedit pecuniam: sed repetere datum posse: Recte etiam Paulus, in emtione-venditione periculum esse emtoris.*

AD THES. VI.

NON DE CONTRACTU] Vereor ut hæc subtilitas subsistat, nam & Celsus contractus mentionem facit, & non intelligo, qualem hic præsupponat Auctor obligationem ob rem dati, quæ sine prævia conventione contrahitur: & quamvis Auctor hanc phrasin ulterius hic declarare velit, implicat tamen magis hæc declaratio, quam ut explicet. Dic ergo potius, Celsum loqui de pecunia data, non prout est quantitas, sed prout est corpus, quam Germanice sub hoc formali solemus dicere ein Schau-Stück.

VII. Ex hoc contractu non solum actio præscriptis verbis datur, ut placiti fides servetur: * Verum etiam ad id, quod interest. *l. 7. h. t. Ut tamen in electione actoris, qui prius dedit, sit, utrum ita agere: An vero condictione rem suam repetere velit.* * *Non rei conventi, ut vult Schiferdeg. 2. disp. for. q. 4. Adeoque & pœnitentiæ ex parte ejus, qui prior dedit, locus est, contra Ant. Fab. 6. conj. 9. quia ob rem datio permutationi inest, adeoque cum ea pœnitentiam habet communem. Non item ex parte ejus, qui accepit. At si scyphos tibi dedi, ut mihi Stichum dares, cujus periculo Stichus erit? Ejusne qui scyphos accepit? Ita Celso visum videtur. l. ult. π. de Cond. caus. dat. An danti scyphos? Ita Paulo. l. 5. §. 1. de præscr. verb. Sed Celsus loquitur de nuda datione ob rem, sine conventione: Paulus vero de permutatione, ex qua dominii causa, i. e. periculum & commodum pertinet ad eum, qui accipere debebat: Sed hactenus quidem, ut actione præscriptis verbis, ad id quod tua interest Stichum accepisse, experiri non possis: Cæterum, quia omni permutationi inest, condictio ob*

ob causam datis, nihilo magis prohibeberis scyphos repetere. Vide Hertensium ad tit. de praescr. verb. d. l.

AD THES. VII.

IN ELECTIONE ACTORIS] Adde *l. 4. C. h. t.* Frank. *hic n. 18.*

CELSUS LOQUITUR DE NUDA DATIONE] Haec sententia modo rejecta. Maneamus igitur in altera Auctoris responsione. Nimirum Celsus dicit dantem scyphos posse condictione causa data rem repetere. Paulus autem dicit scyphos accipientem dolum & culpam praestare, & hactenus periculum esse dantis, ut scil. actionem praescriptis verbis ad interesse adversus accipientem instituere nequeat, si Stichus casu moriatur. Adde Struv. *ex. 18. th. 12.*

VIII. Sequuntur regulares, *quorum articuli seu species sunt tres. l. 5. pr. de praescript. verb.* Do ut facias, facio ut des, facio ut facias. Do ut facias *similis est locationi-conductioni, differt tamen ratione modi contrahendi, quia locatio nudo consensu contrahitur: Sed Do ut facias contractus* est quando datur, *datione itaque contrahitur* res aliqua non fungibilis, *quae altera differentia a locatione operarum, ubi merces in pecunia numerata,* ut aliquid fiat, *ex factorum numero, quae locari non solent, quae tertia differentia, seu ex quibus non exstat corpus aliquod perfectum. E. g. servum manumittere. l. 5. §. 2. & l. 7. h. t. Dare triginta, ut ex reditu ejus pecunia pro me tributum praestes, computatis usuris semissibus. Imo etsi locari solitum: Si tamen non ex conventione pravia: sed factum sequente detur, id est, qua intercedit post primi dationem antequam det alter, erit, Do ut facias. Ut do tibi scyphum, ut tabulam mihi pingas. l. 5. §. 2. h. Permitto tibi cretam eximere de agro meo, ut eum locum, unde exemeris, repleas. l. 16. pr. h.* Quamvis Donellus adscribit tit. facio ut facias.* Do ut facias.

AD THES. IIX.

DATIONE ITAQUE CONTRAHITUR] Si hic esset sensus Auctoris, quod locatio conductio solo consensu perficiatur, do ut facias autem, praeter dationem, etiam rei interventum requirat, consentirem. At in verbis mox sequentibus: *Si tamen non ex conventione pravia &c.* videtur a contractu do ut facias omnem conventionem praviam excludere, in quo non assentior. Quid si enim promiserim tibi scyphum, ut tabulam pingeres, annon statim, ac si tibi scyphum dedi, erit contractus do ut facias? aut quis alius? Imo quid si sarcinatori thalerum dem, ut mihi vestem conficiat? annon locatio erit?

NON FUNGIBILIS] Adde: aut fungibilis, non tamen pecuniæ numerata. Hoc enim efflagitat explicatio Auctoris, & conf. dicta *ad dissert. 15. th. 15.*

SEU EX QUIBUS NON EXTAT CORPUS ALIQUOD PERFECTUM] Sed hic non est genuinus character operarum non locari solitarum. Nam etsi accepta mercede negotia alterius ita geras, ut ex gestione non remaneat opus perfectum, locatio erit §. *fin. Inst. de mand.* Aliunde igitur differentia inter facta locari solita & non solita est sumenda, & scil. considerandum, an factum certa mercede æstimari queat, an vero ob nobilitatem suam æstimationem haud recipiat. Adde Franzk. *de locat. conduct. n. 59.*

SERVUM MANUMITTERE] Hoc enim factum ob effectus, libertatis nimirum, nobilitatem, æstimari non est solitum. Aliter Franzk. *d. l. n. 16.* qui ideo non locari solitum dicit, quia ex eo nulla utilitas spectat ad dantem.

TU *FACIO UT FACIAS*] Et recte. Qui enim permittit, non dat, sed facit. Facti enim vox in Jure nostro tam late accipitur, ut comprehendat & non facta, non ita dandi.

IX. *Si tibi dedi servum, ut servum tuum manumittas: Manumisisti, & is, quem dedi, evictus est. l. 5. §. 2. h.* *Quæritur an sufficiat actio præscriptis verbis, an vero actione de dolo interdum opus sit? Distinguit Julianus, autore Paulo, in l. 5. §. 2. h. t. si sciens servum alienum dedi, actionem esse de dolo: si ignorans, civilem in factum. Quæ differentiæ ratio? Hanc puto. Qui sciens tradit alienum, is animum ne quidem ab initio habet contrahendi, neque servum accipientis facit. Non ergo hic est articulus do, ut facias. Quia non dat, qui accipientis non facit. Ergo non est Synallagma. Ergo nec actio præscriptis verbis. Quæ ergo tandem dabitur illi, qui servum suum manumisit? Utique non superest alia, præterquam de dolo, aut quæ cum hac concurrit sola, in factum prætoria. Ex quibus enim causis actio de dolo datur, ex iisdem, si famoso judicio experiri nolimus, vel nequeamus, actio in factum prætoria. Secus est in eo, qui ignorans alienum tradit. Hic enim utique est synallagma, & dabitur actio in factum civilis, evicto Sticho, ad id quod interest. Nec obstat, quod Pedius ait l. 1. §. 3. de Rer. permut. rem alienam dantem, nullam contrahere permutationem. Nam id debet intelligi, de scienter alienum dante, quatenus alter, qui accepit, non potest conveniri, ut vicissim det: Sed imo repetere a se datum potest. Injuriam ergo facit Juliano Ulpianus, forte ut Paulo more suo contradiceret, qui indistincte actio-*

Replic. l. 1. §. 3. de Rer. permut.

nem

Digitized by Google

nem prætoriam in factum cum dedisse insimulat. Igitur aut Ulpianus intelligit Stichum civilium a sciente datum esse; & non sufficit civilis actio, nec synallagma est, quod Mauritiano visum fuerat: Sed aut ipsa de dolo dabitur, aut in factum actio prætoria, doli quasi vicaria. Neque in hoc antilogia ulla est quærenda. Aut habuit Ulpianus in animo casum tradentis Stichum, ignorantisque alienum esse, & convenit optime Mauritiano & Juliano civilem, seu præscriptis verbis dantem.

AD THES. IX.

SI TIBI DEDI SERVUM] Totam hanc litem, cum hodie vix aliquem usum habere videatur, utpote cum non amplius opus sit nomen actionis in libello exponere, auctoribus suis relinquimus. Aliam explicationem affert Franzk. *de præscript. verb. n. 36. seq.* aliam Struv. *ex. 15. th. 17.* Sit his aliqu. cui dicas &c.

X. Facio ut des, est, cum ab una parte aliquid fit, *sive hoc factum sit traditio, sive factum merum,* ut ab altera postea quid detur. *Traditio; ut do tibi utendum bovem meum, ut mihi tantum mercedis detur, quantum postea convenerit. l. si tibi poliendа 23. ff. de præscript. verb. §. 1. vers. qua de causa. Inst. de loc. cond. Factum merum, ut irrigo partum tuum, ut mihi des mercedis loco quantum inter nos postea convenerit. arg. l. si tibi 23. ff. de præscript. verb. l. solent. 15. ff. eod.* — Facio ut des.

XI. Quod si, postquam feci, tu cesses dare, nulla erit civilis actio. l. 5. §. 3. *scilicet, ad repetendum factum, ut est condictio ob causam dati, ad repetendum datum. Factum infectum fieri nequit. Igitur succedit actio de dolo, quæ utcunque restituit factum suum facienti, quia est species restitutionis in integrum. Non ergo actio de dolo propterea datur, ut vulgo traditur, quia hæc species nullius certi contractus similis sit. * Neque bene Mastertio fingitur nulla in d. l. 5. §. 3. intercessisse conventio: sed duntaxat simulatio alterius fingentis, ac si velit dare. Nam utique facio ut des est species contractus, habens synallagma simile locationi conductioni. Ideoque aut faciens vult impleri contractum, & non desiderabitur præscriptis verbis actio, l. solent. 15. l. si poliunda. l. 22. h. t. aut non volet, & dabitur de dolo. Non movent, quæ Bacchov. ad Tr. p. 1. p. 1191. contra* — Explic. L. 5. §. 3. de P. Verb.

 al-

disputat. Falsum enim, quod in d. l. 5. non agatur de condictione. Vide §. 1. vers. Vel si meum. §. 2. ibi: Vel ad repetendum: & paulo post: Condici ei potest. Nec quidquam facit ad rem, sive condictio ob causam dati nascatur ex contractu vel quasi contractu: sufficit, quod competat in his negotiis pœnitenti, cui omnino locus est, quamdiu alter obligationi suæ nondum satisfecit. & quarto falsum est, quod actione doli non possit in hoc articulo a contractu recedi. Et non est absurdum denique, ut ex articulo, facio ut facias, positis iisdem terminis, eadem actio competat.

AD THES. XI.

SCILICET AD REPETENDUM FACTUM] At de hac actione non loqui Paulum probat Franzk. *de præscript. verb. n. 42. 43.* cui non satisfaciunt ea, quæ hic Auctor ex. §. 1. & 2. urget, ideoque ego quidem arbitror dissensionem inter Paulum & Vlpianum fuisse [præprimis cum Auctor *th. 9.* asserat Vlpianum pro more Paulo contradicere] Cæterum Vlpiani & Caji sententias in l. 15. [illegible] 22. hic cum Auctore veriores esse puto, neque distinctionem Hortensii & qui eum sequitur Franzkii *hic n. 45. seqq.* agnosco: Conf. Struv. *ex. 25. th. 31.* Breviter: Explicationem Auctoris juris principiis conformem esse ajo, nego ad mentem Pauli esse.

Facio ut facias.

XII. Facio ut facias, est, quando ab utraque parte factum intercedit, *ut si pacti simus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romæ: Ut tu in meo, ego in tuo solo ædificem. l. 5. §. 4. & 5. h. t.* Si itaque postquam alter fecit, alter cesset, competit actio præscriptis verbis. *Quia hic subest synallagma simile mandati.*

Ex omnibus contractibus innominatis oritur actio præscriptis verbis.

XIII. Oritur itaque ex omnibus contractibus innominatis actio præscriptis verbis, ad contractum ex fide placiti implendum. *Aliter autem impletur in articulo Do ut des, nempe ad rem dandam, & si non datum fuerit, ad id quod interest. l. 9. h. t. Non obstante l. 5. §. 1. h. Quod si post moram malim meum repetere, quasi ob rem datum, causa non secuta licebit repetere. l. 5. §. 1. h. t. Aliter in articulo Do ut facias, & facio ut facias, ubi tantum potest agi ad id, quod interest, quia hæc est natura obligationis faciendi, ut post moram potestate legis novatio quædam intercedat, & obligatio in id, quod interest surrogetur. arg. l. 44. §. fin. de O. & A. l. 7. de O. l. 13. in fin. de R. judicat. Nec ad factum præcise quis cogi possit.*

Si-

Siquidem qui ex sua parte contractum adimplevit, velit ab altero similiter eum impleri: Sin jam sua non intersit impleri, actio dabitur aut doli, aut in factum pretoria.

AD THES. XIII.

ET SI NON DATVM FVERIT.] i. e. Si dari non potuerit, aut Auctor potius malit interesse exigere. *Struv. ex. 25. th. 21.*

NON OBSTANTE L. V. §. I. H. T.] Ex qua concluditur a quibusdam: reum in hac actione semper liberari præstando interesse. Sed respondet Franzkius. *h. t. n. 61.* [ex quo loco hæc desumsit Auctor] interesse ibi non opponi dationi rei debitæ, sed restitutioni rei acceptæ.

ALITER IN ARTICVLO, DO VT FACIAS] Sed ubi manet articulus facio ut des. Sane hunc quidem omisit Auctor, Franzkium secutus, quem tamen hic sequi non debebat. Nam Franzkius quidem est isto actionem præscriptis verbis plane non dari dicit, nos vero cum Auctore *ad thes. 11.* dari diximus. Et hunc igitur contractum impleri debere arbitror, ut in articulo do ut des, *arg. l. fin. & l. 5. h. t.*

XIV. Tantum de contractibus veris. Quasi contractus est jure præsumta conventio: *jus enim propter factum aliquod eam tacite intervenisse præsupponit. §. 1. Inst. h. t. l. 1. de neg. gest.* qua, mediante negotio aliquo, *inter ignorantes etiam & invitos* obligatio inducitur. Ejus sex species recensentur. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contr.* * *Quibus addi possunt, communio finium, unde actio finium regundorum. t. t. ff. & C. fin. reg. Judicium seu litis contestatio. l. 3. §. 11. ff. de pecul. unde actio rei judicatæ. t. t. ff. de R. jud. Detentio rei, in qua alius jus habet, unde actio ad exhibendum. t. t. ff. & C. ad exh. & alia figuræ causarum unde conditiones nascuntur.*

Quasi contractus quid?

Species quasi contractus quænam?

AD THES. XIV.

EST JVRE PRÆSVMTA CONVENTIO] Fundatur autem Juris præsumtio in primis Juris N. præceptis; officium suum nemini debere esse damnosum; neminem cum alterius damno debere locupletari; culpam suam, aut dolum, alteri non debere nocere, & quæ sunt similia. Quia itaque hæc præcepta homines etiam, citra eorum assensum privatum obligant, inde præsumtiones hæ juris de alterius consensu tacito, sunt juris & de jure, ita ut ne quidem probationem in contrarium admittant, si v. g. is, cujus negotia gesta sunt, probare velit, se nunquam consensisse huic obligationi, quod & Auctor fatetur, dum & invitos his quasi contractibus obligari dicit.

QVIBVS ADDI POSSVNT] Toties videtur quasi-contractus adesse, quoties alter lucrum habet (sine suo maleficio tamen) alter damnum.

Gestio negotiorum quid?

XV. Prima est negotiorum gestio, quo quis alterius, *etiam præsentis, modo geri sua negotia nesciat. l. 41. ff. h. t. Et hereditatis jacentis. l. 3. pr. & §. 6. de neg. gest.* negotia, *id est quidquid ad rem familiarem pertinet. arg. l. 1. & passim. ff. de neg. gest.* sine mandato gerenda suscipit.

Ex gestione negotiorum oritur actio directa & contraria.

XVI. Oritur inde actio & directa domino *negocii gesti* adversus gestorem, ut rationes reddat, *& si quid perperam gessit, eo nomine condemnetur. l. 20. C. de neg. gest.* & quidquid ex hac causa ad ipsum pervenit, restituat. *l. 2. l. 6. §. 9. l. 8. §. 1. ff. d. t. Cum usuris. l. 19. §. fin. l. 31. §. 3. l. 37. §. 1. ff. h. t. Maximis etiam, si quid in suos usus convertit. l. 38. vers. quoniam. ff. h. t. Vel si quid non gessit, quod debuit. l. 2. ff. h. t. l. 21. §. 2. ff. l. 20. C. h. t. Nam de iis, quæ non attigit, teneri eum, iniquum videtur. Vel ejus contemplatione alius diligentior omnino gesturus abstinuit. d. l. 6. §. ult. & l. seq. ff. d. t.* In quam veniunt dolus & omnis culpa, * *etiam levissima. l. 24. C. de usur. l. 21. C. mand. §. 1. Instit. de obl. quæ quasi ex contr.* Et utilis adversus eum *gestorem, qui non ultro: sed necessario, aut necessitatis suspicione ad negotium accessit gerendum. l. 7. C. arb. tut. l. 3. §. 10. l. 9. l. 29. l. 36. ff. de neg. gest. Est insuper & in factum actio, de gesto communiter, puta, si creditor missus in possessionem bonorum debitoris absentis & indefensi, commune sibi cum aliis creditoribus negotium, ut suum gessit. Possidet enim sibi & cæteris creditoribus. l. 5. §. si plures ff. Ut in poss. leg. l. 9. §. generaliter. & §. præstat. ff. de reb. auct. jud. poss. Vide Cujac. ad l. 14. ff. de reb. auct. jud. possid.*

AD THES. XVI.

ETIAM LEVISSIMA] Facit cum Auctore Struvius *exerc. 7. th. 50. & late. ibid. in resolut.* Mihi placet sententia dissentientium per ea, quæ tradit Eckolt. *de negot. gest. §. 8.* cum demum negotiorum gestorem de levissima teneri, si alius diligentior vel commodius administraturus esset negotia *§. 1. Inst. de oblig. quæ quasi ex contr.* Cui non obstat *§. 2. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* ubi eadem verba de præstatione culpæ in commodato referuntur, quæ tamen indistincte de culpa levissima exponuntur. Nam respondeo: ista verba non esse eadem; aliud enim est; *POSSE alium diligentius rem custodire*, etiamsi forte nullus adsit, qui se ad custodiam offerat, & ita lo-

qui-

quitur Tribonianus *in §. 2. quib. mod. re contr.* aliud est alium *ADMINISTRATVRVM ESSE* commodius alterius negotia *in d. §. 1. de obl. quæ quasi ex contr.* scilicet si jam adsit alius commodius administraturus. Accedit ratio, cur actio negotiorum gestorum contraria inventa fuerit, ut scil. eo magis homines alliciantur ad absentium negotia gerenda *l. 5. pr. de O. & A.* quæ non obtineretur, si indistincte ob culpam levissimam obligaretur gestor, obtineretur autem, etiamsi in casu, quem exceptum diximus, ad eam obligaretur, quia tum jam adest alius negotia gesturus.

XVII. Et contraria, quæ datur gestori adversus dominum, ad præstandum, quidquid eo nomine abest illi, vel abfuturum est. *§. 1. Inst. h. t. l. 2. in fin. l. 19. §. fin. ff. eod. ut si quid utiliter de suo impendit. l. 22. l. 45. ff. h. Nam sumtus voluptarii hac actione non petuntur. l. 27. ff. h. t. Sufficit autem negocium utiliter esse ceptum, etsi casu aliquo effectum non habuerit. l. 10. ff. d. t. Si tamen domino prohibente gessit, cessat ratio. l. 40. ff. h. t. Et si alius gratis gesturum se obtulit. l. 2. in fin. C. h. t. aut donandi animo gessit. l. 4. l. 14. C. h. t.*

XIIX. II. Et tutelæ administratio, qua propter res pupilli administratas inter tutorem & pupillum mutua nascitur obligatio. *§. 2. Instit. h. Vid. supra diss. 5. aph. 32. Alia ratio est Curatoris, * contra quem non tutela: sed negociorum utilis l. 7. C. arb. tut. l. 17. C. de neg. gest. quæ vocatur utilis curationis causa actio. rubr. ff. de tut. & rat. dist. Etiam durante cura, ratione singularum rerum competit. l. 4. §. fin. l. 16. in fin. ff. de tut. & rat. distr. l. 1. §. 3. ff. de contr. tut. act. l. 7. C. arb. tut. l. 17. C. de neg. gest.* Unde oritur actio directa finita tutela. *l. 1. in fin. l. 4. pr. l. 9. §. 2. l. 18. in fin. ff. de tut. & rat. dist.* pupillo contra tutorem, ut administrationis suæ rationem reddat. *§. 2. Instit. h. t. l. 1. pr. & §. 3. ff. de tut. & rat. dist. Etsi pater testamento rationum reddendarum necessitatem tutori remiserit. l. 5. §. 7. de admin. tut. l. 27. §. 3. de pact.* quidquid ex rebus pupillaribus reliquum apud eum fuerit, restituat *l. 9. C. arb. tut.* & damnum dolo vel culpa pupillo datum resarciat. *l. 18. pr. de tut. & rat. l. 32. §. 1. ff. de admin. tut. Non tamen levissima. l. 1. pr. ff. de tut. & rat. dist. l. 7. C. de arb. tut. Imo ne levi, si adversus heredes tutoris agatur. l. 1. C. de hered. tut. arg. l. 4. ff. & l. 2. C. de mag. conv. Nisi ubi lis contra tutorem contestata, * aut ex damno pupilli lucrum*

Tutelæ administratio.

Tutor de levissima culpa non tenetur.

ca-

captum, aut alii per gratiam lucrum ex pupilli damno praestitum sit. l. 1. C. de her. tut.

AD THES. XIIX.

NON TUTELÆ, SED NEGOTIORUM GESTORUM UTILIS] Alii etiam utilem tutelæ competere opinantur, quamvis cum distinctione. Vid. *Strub. ex. 31. th. 66.* Sed cum nomen actionis in libello non exprimatur hodie, in verbis simus faciles, modo in re conveniamus.

RATIONEM REDDAT] Tutor rationem reddere jubetur non in loco domicilii, sed in foro tutelæ gestæ in *decis. Elect. nobiss. 36.*

NON TAMEN LEVISSIMA] Conf. quoad hanc & sequentem thesin, quæ dicta sunt supra *ad dissert. 5. th. 32.*

XIX. Contraria competit tutori contra pupillum ad consequendum id, quod ipsi occasione tutelæ abest, vel absuturum est. *d. §. 2. Instit. de obl. quæ quasi ex contr. l. 5. §. 1. ff. de obl. & act. Quod & per compensationem deduci directo judicio posse videtur. arg. l. 18. §. ult. comm. Dummodo ex officio sumtus fecerit, vel obligatus sit. Vide Treutl. de rel. jur. tut. th. 6. in fin.*

Communio rerum.

XX. III. Communio rerum, cum, sine consensu societatis ineundæ, duo pluresve in communionem rei alicujus singularis incidunt, *veluti si eadem res duobus legata, vel donata sit. §. 3. Instit. d. t. l. 19. pr. comm. div.* Inde actio communi dividundo, qua socii agunt ad rei communis divisionem, & præstationem fructuum perceptorum, impensarum, et ejus, quod dolo, vel culpa lata ac levi alterutrius in re communi admissum est. *§. 3. Instit. h. t. l. 3. & seq. l. 20. ff. com. div. Quæ actio directa est & utilis. Illa de rebus corporalibus, dominis l. 4. pr. ff. com. div. Hæc de incorporalibus atque etiam non dominis, l. 6. 7. 19. §. fin. xr. 4. t. l. 13. §. fin. de usufr. competit.*

AD THES. XX.

SINE CONSENSU SOCIETATIS] Imo etiam cum consensu societatis. Nam si socii a societate recedant, & rerum collatarum divisionem urgeant, actione, communi dividundo opus habent, cum actio pro socio huc accommodari nequeat. *l. 1. & 2. ff. comm. divid.* Nulla enim actio ex contractu datur ad contractus solutionem. Adde Eckolt. *de comm. divid. th. 1. Strub. ex. 12. th. 18.*

QUA SOCII] Ex mente Auctoris *socii* dicuntur ii, qui citra animum societatis

tis ineundæ inciderunt in rei singularis communionem. Ex mente nostra & hi & *socii* proprie dicti subjectum actionis hujus sunt.

XXI. IV. Hereditatis communio, cum duo pluresve ad eandem hereditatem vocantur, testamento, lege, vel edicto Prætoris. *l. 24. l. 40. l. 49. ff. fam. ercisc.* Unde actio familiæ erciscundæ, quæ competit heredibus, ad divisionem rerum hereditariarum, & præstationes personales. *l. 22. §. pen. π. h. t. Quæ consistunt in communicandis sumtibus ac damnis pro competenti parte refundendis. l. 19. & l. 22. l. 25. §. 16. ff. d. t. Hæc divisio neque a testatore. arg. l. 14. §. 2. com. div. neque præscriptione impediri potest. Quia cessat ratio introductæ præscriptionis, litium finis. l. fin. ff. pro suo. In divisione autem hereditatis, liberi bona a parentibus accepta, dotem, donationem propter nuptias conferre tenentur. l. 9. l. 17. l. fin. C. de coll. Quod si quid ex rebus hereditatis indivisum relictum, non iterum competit hæc actio: sed communi dividundo agendum. l. 20. §. 4. ff. de fam. ercisc.* Hereditatis communio.

XXII. V. Aditio hereditatis. Adeundo enim hereditatem heres cum legatariis & fideicommissariis quasi contrahere videtur. *§. 5. Instit. h. Non vero cum creditoribus hereditariis, quibus ex contractu vero heres obligatus est.* Competit actio ex testamento ad consequendam possessionem rerum legatar. & fideicommisso relictorum. Aditio hereditatis.

XXIII. VI. Indebiti solutio, si, quod nullo jure, *neque naturali, neque civili* debetur, quis solvit. Is enim cum accipiente quasi contraxisse, eumque ad reddendum tacite sibi obligare voluisse præsumitur. *§. 6. Instit. de obl. quæ qs. ex contr. l. 26. §. 3. l. 59. l. 65. §. fin. π. de condict. ind.* Inde est condictio indebiti, qua quis id, quod indebite, *sive in se quidem debitum sit, sed vel non ab eo, qui solvit, vel non illi, cui solvitur, debitum. l. 65. §. ultim. h. t. Sed circa illum qui solvit, quod alius debebat, nunquid pugnant l. si pœna 19. §. 1. & l. 44. π. h. t. inter se. Ita visum Budæo & aliis, & novissime Wissenbachio Disput. ad Inst. 39. num. 16. hoc unum operam danti, ut antinomias venetur. Sed manifesta est diversitas, solventis creditori vero, quod alius debebat, & restituentis suum credito-* Indebiti solutio. Conciliari possunt. l. 19. §. 1. & l. 44. D. de condict. indebiti. Contra quam visum VVissenbachio.

ditori. De illo l. 19. De hoc l. 44. Finge: Debebantur mihi centum. Qui se putabat heredem debitoris mei, solvit mihi, tanquam verus heres. Evicta hereditate an repetere solutum potest. Ita sane: solvit enim suo nomine, quod neque naturaliter neque civiliter mihi debebat. At in l. 44. finge hanc speciem: Ego tibi commodavi codicem meum, tu pignori dedisti Tertio. Is mihi restituit. Ego meum recepi, ad quod restituendum non Tertius, sed tu tenebaris. Quaeritur, an tertius repetere possit, quia ipse non debebat, neque naturaliter, neque civiliter. Negat JCtus. Deficit enim hic actio, quia rem meam recepi, utique non indebite. Sive itaque suo nomine, sive suo nomine restituit, non datur repetitio. Et hanc esse veram duarum legum istarum speciem, ipsa verba d. l. 44. evincunt, quidquid contra Petrum Stellam *disputavit olim Zasius. Alias distinctio inter eum, qui suo, & qui non suo nomine solvit, verissima est, quam Accursius tradit, defenditq; Cujacius 8. obs. 9. nec quidquam obstrepente Wissenbachio.* per ignorantiam solvit, aut soluturum cavet. *Non enim solum repetitur quod actu solutum: Sed etiam obligatio & promissio l. 31. h. t. l. 7. C. de non num. pec. Ut cui indebite promissum, debitorem per acceptilationem liberet, eiq; chirographum reddat. l. 3. C. h. t. l. 15. C. de fidej.* repetit. *Cessat haec condictio, si quis indebitum solvit ex iis causis, in quibus lis inficiando crescit, puta, L. Aquilia, legato ad pias causas §. fin. Inst. d. t. Deposito ruinae, tumultus, incendii causa. l. 1. §. 1. ff. depos. Quia his casibus non tam indebitum solvere, quam de dubio litis eventu, qui in duplum crescere potest transigere videtur. arg. l. 51. de pec. Quae autem transactionis causa solvuntur, repeti non possunt. l. 65. §. 1. de cond. indeb.*

Cur indebiti condictio locum non habeat in causis in quibus lis inficiando crescit?

AD THES. XXIII.

NUMQUID PUGNANT] Tollere hanc controversiam potuisset Tribonianus, si in *l. 44.* casum, de quo loquitur ibidem Paulus, apposuisset. Jam conjecturis opus est. Et cum casus de eo, qui alieno nomine solvit, etiam ad *d. l. 44.* applicari queat, mallem de eo legem intelligere, quam in re dubia antinomiam statuere: Conf. Struv. *in resolut. ad ex. 18. th. 32.* Nam quam Auctor ponit priori loco conciliandi rationem, vereor an non sensui verborum vim inferat.

ET RESTITUENTIS SUUM CREDITORI] Quia ea quam Auctor afferi-

di-

diversitatem inter solutionem debiti & restitutionem sui, ex perpetua non est, cum voce *sui* JCtis etiam id veniat, quod cuique debetur sive ex jure dominii, sive ex jure ad rem. Vid. Grot. *l. 2. c. 1. §. 5. ibique* Magnif. Dn. Ziegl. *p. m. 45.*

NON TERTIUS] Accedit quod & Tertius iste ad restituendam mihi rem meam omnino teneatur, etiamsi non ex jure ad rem, tamen ex obligatione dominio meo correspondente.

PER IGNORANTIAM] De ignorantia facti concedunt Dd. de ignorantia juris litigant. Eam ad condictionem non sufficere statuunt Neoterici communiter. Vid. Struv. *ex. 18. th. 40.* Franzk. *ex. 2. qu. 8.* contrarium tamen defendit idem Franzk. *de cond. ind. n. 28. seq.* quam etiam æquiorem cum aliis dicit Struv. *d. l.* Scilicet per ignorantiam facti *h. l.* intelligo eam, quando alicui solvo, quod ipsi nullo jure debeo, puto tamen me ex facto aliquo ad solutionem obligari, & quidem ex tali facto, quod ad obligationem jure aliquo efficax est. Si itaque in jure erro, vel erro simul in facto, tunc competit condictio; quia revera indebitum est solutum, vel non erro simul in facto, sed revera subsuit factum (v. g. pacti nudi) cui non assistebat jus civile, & ex hoc errore non competit condictio, quia revera suberat debitum. Adde Carpz. *P. II. c. 28. d. 20. P. III. c. 15. d. 42.*

DISSERTATIO XVII.

De *Modis tollendi Obligationes.*

RESPONDENTE

JONA a Schönleben / Nob. Misn.

APHORISMUS I.

H*Is modis constituta* obligatio *ex conventione, vel* solvitur ipso jure, *pr. Instit. quib. mod. toll. obl. arg. l. 13. §. pen. l. 17. §. pen. π. de excus. tut. Ut nec actio supersit: Vel per exceptionem, quando summo jure actio quidem manet: sed per exceptionem infirmatur. Illic allegationes simplices, v. g. solutionis, acceptilationis &c. ante litem contestatam ad effectum impediendi litis ingressum opponuntur: Exceptiones vero proprie sic dictæ post litis contestationem differuntur. Ipso itaque jure solvitur obligatio* solutione, quæ est ejus quod debetur, naturalis, *ipso actu & re vera facta* præstatio. Obligatio constituta ex conventione, solvitur vel ipso jure, vel per exceptionem.

II. Recte solvit debitor quilibet, rei suæ administrationem habens, *etsi in reatu est. l. sed nec illud. 42. π. de solut. Modo majestatis, aut repetundarum ne postuletur. l. ex judiciorum. 20. ff. de accus. l. 5. C. ad L. Jul. Maj. l. quæsitum. 15. ff. Qui & a quib. l. donationes. 13. de donat. Ita judicatum in causa Cæcilii Classici, repetundarum damnati. Plin. 3. Epist. ad Minut. 9. Reliqui ergo accipientis numos non faciunt: Sed utilitatis causa, pecunia consumta pupillis liberatio nascitur. l. quod si forte. 14. in f. & l. seq ff. h. t.* Sed & alius pro eo, *invito etiam & ignorante. pr. Instit. quib. mod. toll. obl. l. solut. 23. l. solvere. 53. ff. eod. Quod ad effectum tollendæ obligationis. Sed in repetitione soluti differunt. Qui pro invito, non repetit. l. qui fide. 53. π. Mand. l. fin. C. de N. G. Qui pro ignorante, si e re debitoris, habet N. G. actionem. l. cum pecuniam 43. l. fin. de N. G.* Etiam filiusfam. & servus *peculii administrationem habentes. l. egisse. 84. ff. de solut. l. si is cui. 94. §. 1. de solut.* Procurator, cui hoc mandatum, vel libera concessa administratio *l. qui mandat. 56. l. solutam 49. l. cum jussu. 64. l. si pupilli. 66. ff. eod.* hereditatem restituere rogatus, *creditoribus hereditariis l. ante restitutam. 104. ff. eod. l. fin. π. de transact. l. si heres. 70. §. 1. ff. ad SCt. Trebell.*

Differentia inter eum, qui pro invito & ignorante solvit.

AD DISSERTAT. XVII.

AD THES. II.

R*ELIQVI ERGO*] i. e. qui rei suæ administrationem non habent.

INVITO ETIAM] Non, quasi alter cogatur invitus id, quod debet, retinere, poterit enim omnino summam debitam a tertio jam solutam, creditori suo iterum dare, sed quod ipsum debitum per solutionem ex natura rei expiret, cum creditor jam acceperit, quod ipsi debebatur, & adeo si prior debitor summam antea debitam sciens de novo solvat, non solvat ut debitam, sed ex liberalitate.

III. Suo loco, *domicilii,* * *debitoris. Ita tamen, ut si debitor offerendo jus sibi aliquod parare, a pœna forte adjecta liberare se, cursum usurarum sistere, aut periculum in creditorem transferre velit, necessum sit, debitorem rem offerre creditori in ipsius domicilio. Vel contractus. l. 19. §. 1. ff. de judic. Vide Berlich. decis. 37. Vel qui in obligatione adjectus est, l. pen. π. de eo, quod cert. loc. Hoc casu*

Solutio a debitore facienda suo loco. Locus qualis intelligitur? Creditori invito ante diem recte non solvitur.

ea-

tamen actione arbitraria etiam in loco domicilii peti potest, per l. 19. §. fin. ff. de judic. Et tempore, *adeo * ut nec creditori ante diem invito possit solvi. Vid. Disput. 13. aphor. 25. * In diem certum autem debiti errore soluti, commodum medii temporis condici potest, per l. 19. §. fin. l. 23. l. 25. ff. de cond. indeb. l. 24. §. 2. π. sol. mat. l. 10. §. 12. π. qua in fr. cred.* Vel ipsi creditori, *l. 49. π. l. invito. 12. C. h. Modo sit sanæmentis & justæ ætatis. Unde solutione pupillo facta, liberatio non contingit, nisi is factus sit locupletior, id est, pecuniam adhuc penes se habeat, l. in pupillo. 47. § 1. h. t. Vel tutore autore factum. * Quo casu tamen nihilominus restitui in integrum læsus potest, l. 1. C. si adv. sol. l. 2. C. si tut. vel Cur. Vel deniq; judicis accessit autoritas, §. ultim. Instit quib. al. lic. Nisi solutionis gratia stipulationi adjecti sint. l. si stipulatus. 11. ff. h. t. Plane ut plenissima debitoribus liberatio contingat, in judicio, præcedente sententia solvitur. l. sancimus. C. de adm. tut. Quamvis hæc cautio in pensionibus annuis obvenientibus & usuris non necessaria. d. l. sancimus. l. constitutionem. 27. C. d. t. ** Etiam reo capitis postulato, *l. 41. & seq. l. 45. §. 1. h. t. l. 46. §. 6. de Jur. Fisc. Excepto reo majestatis, l. ult. C. ad L. Iul. Maj. l. ultim. de bon. dam. l. 20. de Accus. Aut sceleris conscientia profugerit. l. fin. C. de requir. reis.* Vel alii, ejus voluntate factâ, *puta procuratori, l. 34. §. 3. h. l. 6. pr. & §. 2. de cond. ind. l. 11. 12. de pact. Quid si famulus chirographum domino subripiens debitum in fuga exigat, an liberetur debitor? Affirmative respondit Scabinatus Lipsiensis, ubi antea quoque exegisset idem famulus ab eodem debitum. Thoming. Manuali, p. 57. Etiam in rem suam, seu cessionario, cum hic etiam habeat utiles actiones, & præferatur ipsi cedenti, l. procuratore. 55. ff. de procur. Et simplici denunciatione efficere possit, ne debitor amplius solvendi pecuniam creditori habeat facultatem. Imo & debitor ei, cui creditor suus debet, seu creditori creditoris, etiam sine mandato solvere potest, ut tamen non ipso jure: sed ope exceptionis liberatio contingat, l. si opera. 6. vers. idem est de dol. M. Exc. Tum demum autem si procuratori solvitur, contingit liberatio, si tanquam restituturus creditori, is accipiat: Nam si intervertendi animo accepit, non liberatur debitor ipso jure: sed ope* ex-

An & quat. solutio pupillo recte fiat.

exceptionis. Quia hoc casu debitor manet Dominus nummorum, quod impedit, quo minus ipso jure obligatio tollatur: Quia vero culpa dolosi procuratoris non debet expetere in solventem reum, exceptio ei indulgenda fuit. Vel ei, qui solutionis causa adjectus, l. 12. §. 3. l. 16. de solut. l. 2. C. de obl. & act. Disjunctim mihi aut Titio, l. 38. h. Cujuscunque conditionis, ætatis aut status sit adjectus, l. si stipulatus. 11. ff. de solut. Etiam creditore ignorante & invito, modo adjectus in eodem statu maneat, l. cum quis. 38. pr. h. t. Non obstante l. 95. §. 6. de sol. quæ de usufructu loquitur promisso, cujus hoc speciale est, quod & capite minuto promitti possit. Ergo & eidem solvi, ut argumentatur Papinianus d. l. 95. §. 6. præsertim cum ita constitui queat, ut amissus repetitus denuo censeatur. l. 3. Quib. mod. usufr. amitt. Cum itaque penes est testatorem, eum semel amissum legatario repetere, cur non & solvere sponte capite minuto. Quæ mea est conciliatio. Aliter alii. Vide N. de Passer. ad l. eum qui π. de V. O.

Explic. l. 95. §. 6. de solut.

AD THES. III.

IN IPSIUS DOMICILIO] Quia respectu horum effectuum creditor quasi reus fit, & debitor actor, actor autem sequitur forum rei.

BERLICH. DECIS. XXXVII.] Ubi tractat quæstionem: [redacted] contractus per literas fuerit celebratus, quo loco censeatur forum contractus? & pro loco ubi literæ acceptatæ, definit, ac præjudicium Dnn. JCtorum Lipsiensium adducit.

VEL QVI IN OBLIGATIONE] Non quasi electionem hic habeat actor, an in foro, in quo contractum, an vero in foro, quod adjectum est, velit actionem instituere, cum hoc sit contra *d. l. pen. de eo, quod certo loco*, sed quod si certus locus solutionis adjiciatur, is demum pro foro contractus haberi debeat. *Conf. Auct. dissert. 21. th. 16.*

IN LOCO DOMICILII] Recte, non in quovis loco indefinite vide Struv. *ex. 18. th. 69. ibique in resolut.* ubi respondet ad *l. 43. de judic. l. 16. §. 1. de const. pec. l. 27. de cond. ind. l. 137. §. 2. de V. O.* Contra rationem rectam quippe est, ut adjectio loci in contractu contra intentionem contrahentium efficiat, ut ipsi in foro plane incompetente conveniri possint. Nec obstat ulterius, quod forum domicilii generale sit omnibus causis tractandis. *Conf. Struv. ex. 9. th. 35.* adeoque si actio de eo, quod certo loco, tantum ad forum domicilii restringi debeat, plane non opus fuisset, ut ea a prætore peculiariter introduceretur: Respondeo enim distinguendo inter actiones b. f. & stricti juris. In istis sufficiebat forum istud domicilii gene-

generale, in his autem, cum judex regulariter non debeat verba transgredi, non poterat citra peculiarem prætoris concessionem actio in foro domicilii institui. *Vid. l. 7. de eo quod certo loco. Strub. ex. 18. th. 67.*

NEC CREDITORI ANTE DIEM INVITO] Imo regulariter creditori ante diem invito solvitur *l. 70. l. 98. §. 4. de solut.* quia in dubio dies debitoris gratia adjectus censetur *l. 17. de R. J. l. 41 §. 1. de V. O.* & Auctoris assertio tum demum procedit, si dies creditoris gratia adjiciatur *l. 15. ff. de ann. leg. l. 43. §. 2. de leg. 1. Vid. omnino Eckolt. ad tit. de solut. §. 3.* ubi & tunc diem creditoris gratia adjectum censet, cum mutuum ad certum tempus sub usuris datum est, ex Gerhardo *exerc. Justin. decad. 17. qu. 4.* qui tamen recte hanc positionem limitat, nisi debitor totius temporis usuras simul cum sorte afferat.

ID EST] Quæ particula hic non restrictive, sed exemplicative accipienda. Nam & pupillus locupletior factus esse potest, etiam si pecuniam non amplius penes se habeat, v. g. si rem necessariam ea sibi emerit *d. l. 47. §. 1. i. f.*

NON OBSTANTE L. XCV. §. VI. DE SOLUT.] Auctoris responsio ideo non placet, quia hic Papinianus nequaquam a promissione principali ususfructus infert ad ejusmodi solutionem, ut Auctor putat. Gottofredus *ad d. l. 9. §. 6.* dicit textum de eo casu loqui, si adjectus tempore stipulationis jam capite minutus erat, cui responsioni contrariatur vox INTERCIDIT, qua utitur ibidem Papinianus. Distinctio Bachovii inter capitis mutationem, quæ fit in melius, & quæ fit in deterius *ad Treutl. Vol. 2. disp. 29. th. 3. lit. a.* ideo litem non tollit, quia secundum communem Doctorum opinionem non datur capitis diminutio in melius. *Conf. Strub. exerc. 8. th. 67.* Mihi videtur phrasis: RECTE ADJECTO SOLVI duplicem habere significatum (1.) ut significet; solvi adjecto *recte* h. e. secundum voluntatem creditoris principalis (2.) ut significet; solvi adjecto *recte*, h. e. non repugnante jure civili. Quando igitur Africanus in *l. 38.* dicit; non recte solvi adjecto, nisi in eodem statu maneat, priorem phraseos sensum in mente habet. Sensus autem Papiniani *d. l. 95. §. 6.* est iste: *Titio* adjecto post promissionem *capite diminuto, facultas solvendi Titio non intercidit*; ita nimirum, quasi contra leges sit, capitis diminuto solvi, *quia & sic stipulari* ab initio jure permittente *possumus: Mibi aut Titio cum capite minutus erit.* Coincidit cum hac responsione nostra, quam affert Struv. *in resolut. ad exerc. 47. th. 71. p. m. 651. seq.*

IV. Solvi debet hoc ipsum, quod debetur, *sive res sit, sive factum. l. 98. §. 6. de solut. Non aliud pro alio, invito creditore. l. 2. §. mutui. ff. si cert. pet. l. cum a quo. C. de solut. Seneca de benef. 5. c. 14.* Aliud pro alio creditori invito solvi nequit.

c. 14. Nisi hæc subrogatio fiat a lege per quandam novationem, veluti ejus quod interest in locum facti. Nec precium quidem speciei promissæ. Quia in species cadit affectio. Exceptis casibus singularibus in l. 71. §. 3. de leg. 1. l. 35. §. 3. C. de donat. l. 11. C. com. utri. jud. Quod si tamen parata pecunia egeat debitor, nec facile rerum suarum emtores inveniat, compellitur creditor in solutum possessiones accipere, inita prius a magistratu æstimatione. Nov. 4. §. ult. Nov. 120. auth. hoc nisi C. de solut. Sic Julius Cæsar pulso ex Italia Pompejo, cum fides tota Italia angustior esset, constituit, ut creditoribus possessiones æstimatæ traderentur, Cæs. lib. 3. de Bel. civ. Briss. de solut. p. m. 184.* Et quidem solidum. *l. 4. 6. h. t. l. 38. h. t. Non ergo particulatim invito creditori solvi potest. l. 5. fam. ercisc. l. 9. C. de solut. Quid si stipulato hominem in genere, solvatur unus ex his, qui stipulationis tempore stipulantis erat? Ait Marcellus liberari solventem. l. 72. §. Stichum. 4. ff. de solut. Sed negat Papin. in l. 66. §. 3. de Leg. 2. Cujacius, in d. l. 72. pro: UNUM, legit, NUM. 14. O. 20. Sed rejicitur emendatio cum ab A. Fabro, 2. conj. 15. tum a Fornerio, 5. rer. quot. 5. & Giphan. ad l. 2. de O. & A. num. 45. CONNANUS lib. 6. c. 2. & BRISSON. de solut. in altero textu l. 66. expungunt verba, EADEMQUE ratio &c. Aliter Giphan. d. loc. Ego ita censeo: Proponuntur diversi casus. Ergo & diversum jus; Papinianus a duobus testatoribus generatim legatum hominem, eundemque, ubi ab altero herede solutus, a creditore alienatum fuisse. Quæritur, an a posteriore herede denuo solvi possit.? N. Papin. Ratio, quia in legato generis electio est legatarii. Non ergo id ei denuo potest solvi, quod semel acceptum alienando significaverat sibi commodum non fore, adeoq; nec eligibile. At in stipulatione regulariter electio est debitoris. Quare Marcellus recte respondet, cum hominem posse solvi, qui tempore stipulationis & obligationis erat creditoris. Ratio, quia promittendo genus, omne individuum comprehenditur, quod tempore solutionis a debitore utiliter præstari potest, cum electio sit ipsius debitoris. Et id de regula. At quando Papin. ait eandem rationem esse stipulationis, qua legati, loquitur singulari de casu a se proposito, &, quod ad stipulationem, a regula excepto, de quo quæsitus Marcellus haut aliter responsurus erat. Hæc vero Papini-*

Nisi in quibusdam casibus.

Invito creditori particulatim non recte solvitur.

Conciliantur l. 72. §. 4. D. de solut. & l. 66. §. 3. de Leg. 3.

ani

aut species est: A duobus debitoribus (non ab uno, ut Marcellus) generatim promissus homo & quidem homo, qui ante solutionem stipulatoris non erat, ut in casu Marcelli, sed post solutionem demum ejus factus, & inde alienatus. Hunc ait Papinianus solutum ab uno, post alienationem domini, non posse ab altero denuo solvi. Quia à duobus promisso genere, hoc ab initio agitur, ut diversæ species solvantur, a singulis debitoribus. Non ergo liberatur posterior debitor, eandem a priore debitore solutam speciem solvendo denuo, quia id contra fidem promissi & mentem contrahentium. Quod si vero ex pluribus causis debens solvat, in arbitrio ejus est exprimere, in quam causam solutum velit. l. 1. & l. paulus. 101. ff. de solut. l. 102. §. 1. l. 5. §. 1. ff. eod. dummodo in re præsenti exprimat. Sin nil exprimat, electio creditoris est; l. 1. C. eod. ita tamen, ut in id debitum referat, quod ipse, si deberet, soluturus esset, d. l. 1. ff. eod. in cujus vers. ID EST in id debitum; antiquum latet mendum jamdudum visum Bartolo, manuscriptam etiam lectionem testanti. Quod recte Cujacius tollit, legendo: Non in id debitum, quod est in controversia lib. 5. obs. 34. A. Contius lib. 1. subs. lect. c. 7. Gipban. ad l. 1. de solut. Auctoribus basilicis, ibi lib. 26. tit. 5. l. 1. ἔτοι μέντοι, ἵνα μὴ εἰς ἀμφίβολον. &c. Quod si nomina æqualia, solutionem creditor referre potest, in quamlibet causam, abs qua electione si foret, ex omnibus summis pro portione solutum videretur, l. illud 8. ff. h. Debitore itaque hoc casu post eligendi tempus dissentiente, integrum est creditori vel non accipere pecuniam, ita intellige l. 2. h. Vel pecunia accepta liberare debitorem etiam invitum, ita ut repetere debitor solutum non possit. Sin neuter expresserit, in id solutum putabitur, quod liquidum, præsenti die debitum non controversum, cujus gravior causa, (quod non ex quantitate, sed qualitate æstimandum, Bart. in l. quod ex pluribus. 97. ff. h. t.) Quod proprio nomine quis debet, l. 1. l. 3. l. 97. h. Quod ex causa judicati debetur; d. l. si quid. Quod si nihil horum intercedit, antiquius solutum censetur. d. l. cum ex plur. Deniq; si par ratio omnino, pro rata solutum accipitur; l. 8. h. Eleganter H. Pist. 3. q. 21. Sande 3. decis. 16. def. 3.

Vera lectio, l. 1. D. de solut.

AD THES. IV.

PARATA PECUNIA EGEAT DEBITOR] Imo non adspicitur hoc casu debitoris indigentia, sed potius solvendi per pecuniam paratam impossibilitas, si scilicet nullam pecuniam habeat. *d. Nov. 4. c. ult. d. authent. hoc ita si C. de solut.*

PARTICULATIM] Scilicet regulariter. Exceptiones vide apud Struv. exerc. 47. th. 83.

ELEGANTER ll. PEST.] *Adde Struv. d. ex. 47. th. 47. & omnino Schulz. ad h. t. §. 9.*

Acceptilatio quid?

V. Acceptilatio, *quæ in Gloss. Cyrilli* ἀπολοιπογραφία. *Basilicis* ἀθώωσις ἐνοχῆς διὰ ἀμοιβαίας ἐπερωτήσεως *lib. 26. tit. 6. ita quoque synopsis lib. 26. Ecl. 6. definitur Basilicis,* ἐλευθερία διὰ ἀμοιβαίας ἐπερωτήσεως. *Theophilo & glossis Basilicis* ἀκκεπτιλατιών, εἰκονικὴ καταβολὴ ῥήμασι τυπικοῖς γινομένη. *Et paulo post eadem glossæ addunt,* εἴ τις διαλύσει τὴν τῆς βέρβοις ἐνοχήν. *Ejus instrumentum dicitur apocha, professio scripta pecuniæ acceptæ, quamvis & revera accepta sit confessio. Sunt & aliæ differentiæ, quas referunt glossæ Basilica in* ἀποχὴ *Donell. 16. c. 21. Amaya ad rub. C. de apoch. publ. Dicitur &* ἀπόδειξις. *Vide Cujac. ad rub. C. de apoch. publ.* est liberatio *debitoris, jure civili prodita, quia verba solennia desiderat, l. 1. ff. & C. h. t.* qua interrogatus creditor, *non alius, nisi per novationem transfusa in eum obligatione, l. 8. §. 1. 2. l. 11. 13. §. 10. l. pen. h.* num habeas *debitum* acceptum, *quod verbis sibi promissum erat,* respondet habere, *verbis in præsens aut præteritum conceptis, non in futurum, vel in diem, l. 5. h. vel sub conditione, l. 4. h. t. Vide Jac. Godofr. ad l. 77. de R. J. Neque per Procuratorem, vel tutorem fieri potest vel interrogatio, nisi prius novatione facta, l. 13. §. 10. h. t. vel acceptilatio, l. 13. §. 10. h. Quia est actus legitimus l. 77. de R. J. Sunt autem actus legitimi, negotia civilia, certa solennitate a legibus introducta, peragenda. Solennitates illæ ad acceptilationem necessariæ procul dubio eædem fuere, quæ contrariæ erant mancipationi, de qua Ulp. frag. tit. 19. §. 2. Cajus lib. 2. Boet. in Top. Cic. Briss. 1. select. 7. Formula: QVOD. EGO. TIBI. PROMISI. HABESNE. ACCEPTUM. l. pluribus ff. h. t. Græce:* ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών. *§. 1. Inst. h. t.*

Ejus instrumentum est apocha.

Acceptilatio est actus legitimus.

Sic

Sic Plinius jussit acceptum ferre Calvina, quidquid pater ejus ei debuerat. 2. Epist. 4. Hæc etsi inutilis ipsa, utile tamen pactum habet, l. 8. pr. ff. de accept. l. 27. §. pen. ff. de pact. v. g. si super alia quam verborum obligatione facta, ubi inutilis nec obligationem ipso jure tollit. §. 1. vers. quo genere. Instit. h. ad exceptionem tamen proficit, si actio instituta. Fitque vel stipulatione simplici, per quam sola verborum obligatio, *§. 1. Instit. quib. mod. obl. toll. l. 8. §. 3. ff. h. t.* Vel Aquiliana, *a Gallo Aquilio dicta*, qua quævis obligatio prius tamen in verborum obligationem transfusa, tollitur, *d. §. Inst. l. 18. ff. de accept. Formulam vide §. 2. Inst. Quib. mod. toll. obl. Adde Brissonium de formul. p. 580.* Acceptilatio fit vel per stipulationem simplicem, vel Aquilianam.

AD THES. V.

NEC OBLIGATIONEM IPSO JURE TOLLIT] Hæc olim. Cæterum cum hodie etiam ex pacto nudo moribus oriatur actio, inde & acceptilatio, ista jure civili inutilis hodie ipso jure tollet obligationem. *Adde Struv. ex. 47. th. 90.*

VI. Novatio *ἀνακαινισμὸς, Basilicis,* ἤτοι μετάθεσις χρέους, *definitur* τοῦ προτέρου χρέους εἰς ἑτέραν ἐνοχὴν, πολιτικὴν, ἢ φυσικὴν μεταγωγὴ, ἀφ᾽ ἧς τὴν πρώτην ἀναιρεθῆναι *lib. 26. tit. 4. l. 1. Glossa Labbei varie p. 76.* ἀνακαίνωσις, καινισμὸς, ἢ τὸ παλαιὸν χρέος εἰς νέον μεταποιοῦσα. *Theophilo latino verbo* νοβατιών, est prioris debiti, *seu obligationis* in aliam obligationem, *vel civilem, vel naturalem, l. 1. §. 1. h. t. Adeo, ut si pupillus jam ante obligatus eidem creditori suo, vel etiam creditoris sui creditori promittat, naturaliter obligetur, & sic obligationem novet, l. 1. in fin. ff. de Nov. & §. 3. Inst. h. (Sin ante non obligatus alienam obligationem in se suscipere velit, nihil agit, arg. l. 1. π. de Nov. junct. l. quod pupillus. 41. ff. de cond. ind.) Secus ac si quis a servo stipuletur, quod alius debet. §. præterea Inst. h. Quamvis enim naturaliter obligetur, autoritate tamen juris habetur pro non-obligato, ne alioquin fiat, ut Dominus teneatur de peculio actione. l. 30. §. 1. de pact. l. sed & 20. ff. de fidej. Stipulatu facta* translatio, *l. 1. h. t. §. 3. Inst. h. Quæ susceptio alieni nominis expromissio audit. l. ult. π. ad SCt. Mac. l. si mulier. 28. π. ad SCt. Vellej.* Novatio. Expromissio.

AD THES. VI.

SECUS AC SI QVIS] Omnino hic nihil est *secus*, quia prior casus loquitur de pupillo propriam obligationem novante, hic vero de servo novante alienam obligationem, quam nec ipse pupillus utiliter novat, per verba Auctoris parenthesi inclusa. Nisi dicere velis Auctorem hic innuere differentiam effectuum ratione prioris debitoris, qui alius est, si pupillus novet, alius, si servus *d. §. 3. Inst. quib. mod. toll. oblig.* quo pacto tamen mallem perspicuiorem mentis per verba declarationem.

NATURALITER OBLIGETUR] Dic potius servum hoc casu nec naturaliter obligari: Quia enim plane ad fidejubendum est incapax, ita ut nec ejus fidejussio pariat exceptionem *l. 20. de fidejuss.* Ergo multo magis ad novationem. Et hanc quoque puto rationem differentiæ esse, cur si servus alterius debitum novet, prior debitor maneat obligatus, secus si novet pupillus *d. §. 3. Inst. h. t.* quia scilicet pupillus obligatur naturaliter. Si ergo & servus naturaliter obligaretur, novatio effectum suum ratione prioris creditoris exereret *l. 1. §. 1. ff. h. t.* Limita tamen quoad servum, nisi ei, cujus obligationem novat, jam tantundem ex peculio debeat, & ita quasi delegatio intercedat ubi novatio procedit *arg. l. 30. §. 1. de pact.*

STIPULATIO FACTA] Quod hodie propter sublatas solennitates amplius non est necesse. *Schols. de novat. §. 1.*

Novatio est vel necessaria. VII. * Eaque vel necessaria, *l. 29. ff. de Nov.* quæ fit per litis contestationem (*assentit Briffon. de novat.*) *quatenus litem contestando contrahitur judicati actio, sub conditione, si & reus judicatus erit, & id actori expediat, l. 86. de R. I. Ergo si quid commodi in veteri actione, id creditori post acceptum judicium, salvum, quatenus ejus actionis natura patitur.* Vel voluntaria, Vel voluntaria. quæ stipulatione fit, *non nudo pacto, per quod prior obligatio non tollitur ipso jure: Sed ope exceptionis.* * *Neque alio contractu. Non obstante l. 45. §. ult. ff. mand. Quæritur an unus correorum stipulandi novando alteri nocere possit? Affirmat Venulejus. l. si rem 31. §. 1. de Nov. Negat Paulus. l. si unus. 27. pr. ff. de pact. Mihi, quidquid contra disputatur, non videtur dimittenda distinctio inter correos socios & non socios. De illis Paulus, de his Venulejus. Ratio differentiæ; quod societas vi & natura sua dividat obligationem, utut alias indivisam, eodem modo ac si singuli partem stipulati essent, ut diserte tradit l. 62. pr. ff. ad L. Falc. Quare ut maxime, si absque societate foret, secundum* na-

Conciliantur l. 31. §. 1. de Novat. & l. 27. pr. D. de pact.

naturam obligationis correalis, debitor novando in solidum liberatus fit: Tamen quia judicio societatis perinde est, ac si singuli a debitore partem stipulati essent, d. l. 62. Igitur alter creditorum non poterat plus remittere novando, quam quod sibi debebatur. Plura contrariis dissentientes in Recitationibus nostris publicis ad l. 27. de pact. Debitore etiam ignorante vel invito, *l. 8. in fin. h. t. l. si debitor pr. de solut.* Animo novandi *inter contrahentes hodie verbis* expresso, *l. ult. C. h. t. Quum olim sufficeret, tale quid actum, unde præsumi potuit animus novandi, in fin. l. 2. l. 8. §. 2. & §. ult. l. 28. ff. l. 3. in fin. C. h. t. Exceptis certis casibus, quibus olim quoque exprimi animus verbis debuit, ut in l. 58. de verb. obl. Vide Anton. Fab. 3. conj. 3.* * Secus? *hoc animo non expresso, utut aperta sint conjecturæ pro novatione*, nec ope exceptionis valet novatio. *Merenda 1. contr. 25. Giphan. ad l. ult. C. h. t. Quia parum aut nihil profecisset Iustinianus, cum effectu parum intersit, ipso jure, an ope exceptionis quis liberetur, nec sopita forent controversia, utrum animus novandi adfuerit, nec ne?* * *Adeoque nec pœna stipulatione, principalis obligatio novabitur. l. 28. l. 47. de A. E. l. 41. 42. pro socio 12. §. 2. de V. O. l. ult. C. de Nov. Quia qualibet stipulatio a fine suo æstimatur. Pœnalis autem finis est non est novatio. Sed firmatio stipulationis. Et pœna non in favorem debitoris: Sed creditoris adjicitur, ut proinde facultas agendi non adempta videatur stipulatori: Obst. l. 44. de O. & A. Sed loquitur in obligatione faciendi, in qua agi non potest, nisi mora commissa. Quia commissa utique novatur prior obligatio: Et succedit actio ad interesse. Facta autem novatione pignora & hypothecæ solvuntur. l. 18. h. t. Nisi convenerit, ut pignus in obligatione novante repetatur. l. solutum. 11. de pig. act. l. 1. C. Etiam ob chirogr. Nam tum & pignora & privilegium prælationis durant. l. ult. ff. Qui pot. in pig. Cujac. lib. 10. O. 12. Schiferdeck. lib. 3. forens. tract. 23. q. 23. Merenda 6. contr. 38. Finge: Primo oppigneratus est fundus, mox secundo: inde iterum primo idem fundus cum aliis bonis animo novandi: Quæritur, an primus an secundus sit potior in pignore? Primum præfert l. creditor. 12 §. Papinianus 5. ff. Qui pot. Bald. in l. 3. ff. Qui pot. usque ad quantitatem obligatione priori comprehensam.*

Animus novandi hodie verbis exprimendus.

Pœnæ stipulatione principalis obligatio non novatur.

Digitized by Google

sum. Non vi prioris obligationis, ut vult Accurs. in d. §. 5. verb. succedere. quippe novando exstincta; sed obligationis nova, in quam prior transfusa. l. 1. l. non ideo. 25. l. a te. 32. ff. de Novat. Ita ut obligatio prior exstincta quidem non tamen qualitates loci, seu ordinis atque privilegii. Cujac. Papiniano ad l. 3. pr. Qui pot. F. A. de Mesa. lib. 1. 17. 3.

AD THES. VII.

NON OBSTANTE L. XLV. §. ULT. ff. MAND.] Non enim ibi dicitur, quod prius debitum sit novatum, sed quod alia ratione extinctum.

NON VIDETUR DIMITTENDA DISTINCTIO] Sed hæc Auctoris distinctio litem non tollit. Si enim Paulus loquitur de correis sociis, & in correis sociis obligatio propter societatem vi & natura sua divisa est eodem modo, ac si singuli partem stipulati essent (quæ hic præsupponit Auctor:) quid est quod Paulus *d. l. 27. pr. de pactis* tamen dicat, alterum solidum petere posse? Si enim pars saltem debetur, solidum peti nequit. Ronchegalli vero conciliatio *ad l. 3. pr. de duobus reis n. 44. & 47.* quasi scil. correus stipulandi ad hoc quidem novare possit, ut debitorem liberet, non autem possit novare ad eum effectum, ut alteri præjudicet, sed illi nihilominus de lucro communicando teneatur, plane inepta est, & ad mentem JCtorum non quadrat. Mihi diversarum sectarum pugnæ latere videntur. *Adde VVissenb. disp. ff. 38. th. 10.*

NEC POENÆ STIPULATIONE] Vide supra *exercit. 14. th. 8.*

Per delegationem etiam fit interdum novatio.

VIII. Fit novatio etiam per delegationem, si quis promittit alterius mandantis creditori soluturum. *Est enim inter delegatum & delegantem mandati obligatio. l. 12. π. h. t. stipulatione novandi causa consummata. Arumeus lib. 2. decis. 3. n. 11. Cujac. parat. C. h. t.* Ideo delegatio dicitur alterius debitoris in locum suum substitutio, *l. delegare. 11. ff. l. 3. C. h. t. Volente & creditore, ultro stipulante, l. 1. C. de Nov. & debitore. Nec enim invitus delegari potest creditori creditoris sui, l. 1. l. nec creditor. 6. C. h. An creditor cogi possit nomen, quo tenetur debitori suo ærarium Principis*, eine Fürstliche Cammer Verschreibung, *delegatum accipere? Negant Dn. Scabini Lips. Magnif. Carpz. lib. 5. Resp. 107. Affirmant ICti Academia Lipsiens. sed negativa verior videtur.* stipulato, vel per litis contestationem, * *non nutu facta, quia est species novationis. Hinc vi ipsa in se habet novationem, etiamsi verbis expressum non sit, l. 2. C. h. t. §. pen. Instit. d. t. Quod si delegatus sit is, qui*

Delegatio quid?

ex-

exceptione perpetua erat tutus, exceptione non utetur adversus eum, cui delegatus est. l. si quis. 12. l. 19. ff. h. t. Denique si delegatus non sit solvendo, non datur regressus adversus delegantem. l. 3. in f. C. h. t. l. pupilli. 96. §. 2. π. de solut.

AD THES. IIX.

QUO TENETUR DEBITORI SUO] Nimis generaliter hic Auctor quæstionem format, & de hac quæstione ita generaliter concepta vid. Carpz. *l. 4. resp. 3.* Neque de ea fuit contradictio in Collegiis Juridicis Lipsiens. sed potius in specie quærebatur de debitore minore, an iste creditori suo debitum principale obtrudere possit? *vid. Carpz. d. l. 5. resp. 107.*

NON NUTU FACTA] Scil. respectu ejus, cui fit delegatio, & delegatarii, sed respectu delegantis & ejus, cui fit delegatio, poterit delegatio fieri nutu *l. 17. ff. de novat.*

ETIAMSI VERBIS EXPRESSUM NON SIT] Cum Auctore facit Eckolt *de novat. §. 12.* Dissentiunt Struv. & Carpzov. ab Eckolto allegati. Quicquid sit de Jure civili, Jure Saxonico Electorali *decis. noviss. 66.* constituit Serenissimus, ut & in delegatione non solum novationis expressa fiat mentio, sed & hypotheca prior & fidejussio specialiter sustollantur, exceptis observantiis mercatoriis. Conf. Finckelth. *obs. 91.*

IX. Confusio est, *vel quoad principalem obligationem*, si debitor creditori, vel contra *aut tertius ambobus. l. Graniae. 71. de solut.* heres existit, *l. 75. l. 95. §. 2. de solut. l. 7. C. de pact. Ubi & fidejussores liberantur, quia nemo apud eundem pro eodem fidejussor esse potest, l. qui hominem. 34. §. quidam. in fin. de solut. Vel quoad accessoriam*, si fidejussor succedat stipulatori. (*At anne tunc etiam, si fidejussor successit illi, qui naturaliter tantum obligatus erat? Quasi impotentior naturalis, quam ut possit consumere civilem, l. 95. §. 3. de solut. Sic quidem Cujac. 11. O. 34, & ad Afr. in l. heres. 21. §. servo. ff. de fidej. auctoritate Græcorum, qui verba Papiniani in d. §. 3. SI REUS DUNTAXAT FUIT OBLIGATUS. &c. ita reddunt: εἰ γὰρ ὁ ἐναγόμενος φύσει μόνον ἠνέχετο. Sed magis est, ut emendatio sit supervacua, & mens Papiniani; sufficere ad liberationem fidejussoriæ obligationis, dummodo reus fuerit obligatus. Vide Merill. 3. Var. 23.*) *ubi fidejussoria obligatio exstinguitur, l. 21. §. de fidej. manente principali. l. Stichum. 95. §. quod vulgo. π. de sol. l. 21. §. 3. de fidej.* Aut vice versa, *sive fidejussor reo, l. 93. §. 2. de solut.* (*ubi nega-* Confusio.

tio expungenda. Elb. Leonin. 1. Emend. 7.) vel reus fidejussori, l. cum quis 33. §. fin. & l. 93. §. ult. de sol. l. 14. de fidejuss. (in qua l. 14. opus non est emendatione Fabri, 1. conj. 5. & 6. Hartm. Pist. 3. qu. 11. an. 5.) Vel utrique, *l. fidejussoris. 24. in fin. C. de fidej. Quod si duo rei stipulandi, vel duo promittendi sibi successerint, nulla confusio, l. si duo. 93. pr. & §. 1. d. t.*

AD THES. IX.

L. XCV. §. III. DE SOLUT.] Mentem legis hujus obscuræ sic satis explicat glossa *ibidem*, quam vide.

SIVE FIDEJUSSOR REO] Ubi iterum obligatio fidejussoria extinguitur.

UBI NEGATIO EXPUNGENDA] Quod suadet non solum ipse legis hujus contextus, sed & *l. 5. ff. de fidej.*

VEL REUS FIDEJUSSORI] Ubi rursus extinguitur obligatio fidejussoria *d. l. 14. de fidej.*

EMENDATIONE FABRI] Qui in *d. l.* pro: *exceptione Fidejussori competente* legit: Exceptione Fidejussori *non* competente.

H. PISTOR.] Ubi respondet non solum ad emendationem Fabri, sed & totam hanc materiam de confusione obligationum accurate tractat.

VEL UTRIQUE] i. e. si & fidejussori, & debitori principali succedat hæres tertius, ubi iterum fidejussoria extinguitur *d. l. 24. C.*

SIBI SUCCESSERINT] Non sibi invicem. Nam si rei promittendi succedant reis stipulandi aut vice versa, omnino obligatio confunditur per dicta *hujus theseos.* At si unus reus promittendi alteri succedat, aut unus reus stipulandi alteri, non confunditur obligatio. *d. l. 93. pr. §. 1.* ratio est in *d. l. 93. § 3.* quia scilicet utraque obligatio est principalis.

Compensatio unde dicta?

X. Compensatio *quod nomen ex antiqua gravis æris appendendi consuetudine, ante usum signatorum numorum, natum, Gravi enim ære veteres usi initio urbis, hinc mansit libra in emtionibus imaginariis, & postea, & verba, impensæ, expensæ, compensare. Vide Briss. 1. antiq. 7. Carrion. 2. antiq. lect. 3. Salmas. de usur. p. 571. & seqq. Et de modo usur. p. 236. Glossis Basil. ἀντέλλογος, & compensare συλλογίζεσθαι, ψηφίζειν. Glossarium Græco-Latinum compensatio, σύψαλμα, ἀνθυπολογισμός, ἀντελλογισμός* est debiti *naturalis æque ac civilis, l. 6. h. t. (Non nudi tamen civilis, l. 14. h. t.) descendentis vel ex contractu, vel delicto, modo pecuniariter agatur, l. 10. §. fin. h. t. (Hinc qui se mutuo deceperunt, de dolo invicem non agunt, l. 36. de dol.) Sive actio bonæ fidei sit, sive stricti juris, §. in bonæ fidei*

Locum habet compensatio, sive actio b. f. sive stricti ju-

fidei. Instit. de act. Olim in his reconventione opus erat, usque ad Marcum Imp. Is effecit ut & in strictis compensatio admitteretur opposita doli exceptione. §. 30. Inst. de Act. si formula hac exceptio inserta. Nam jure veteri nisi formula comprehensas Judex in strictis judiciis non admittebat exceptiones. Denique Justinian. & harum, quamvis formula non contentarum rationem voluit haberi. d. §. 30. Sive realis, si res vel periit, vel deteriorata & aestimatio rei succedit, ante quoque Justinianum, l. 13. §. 1. depos. l. 38. §. 10. de fur. l. 3. §. 1. commod. post ejus vero constitutionem in l. fin. C. h. etiam si res ipsa petitur, dummodo illa res sit quantitas ejusdem generis, non corpus. Datur tamen & compensatio generis ejusdem ad genus, & speciei ad speciem eandem singulari casu: Finge, me tibi hominem promisisse, Te vero heredem factum ei, qui hominem mihi legaverat, Eadem ratio est, in eadem specie promissa, l. si debeat. 22. π. h. t. ubi JCtus simpliciter admittit compensationem, sive adversarius eligat pecuniam, sive genus. Adde l. 1. l. si id 21. ff. de Lib. leg. Eadem ratio est rerum incorporalium si mihi promiseris usumfr. fundi Tusculani & eundem usumfr. tibi legaverit is, cui successi, dummodo eadem sit species subjecti, cui inhaeret usufr. Pacius ad l. 4. n. 13. & seq. C. de compens. Excepta sola actione depositi, d. l. ult. C. h. propter summam fidem, quam depositarius debet. Et tam in privatorum, quam civitatum, l. 3. C. eod. & fisci, l. fin. C. eod. caussis locum habet. Ita tamen, ut adversus fiscum intra duos menses debitum doceatur, l. aufertur. 46. §. qui compensationem. ff. de Jur. Fisc. Atque eadem fisci statio debeat, quae petit, l. 1. C. eod. Excipiuntur quaedam caussae, quibus contra fiscum vel Rem publ. locum non habet pensatio. l. 1. l. 3. C. h. t. ibi Pacius. In quibus est caussa annonaria qui sic vocatur in l. aufertur. 46. §. at debitoribus. ff. de J. Fisc. quae eadem & annonaria collatio. l. 1. C. de praesc. 30. ann. si frumenti vel olei publici pecunia debetur, ut dicitur l. 3. C. h. t. Id est, si quis annonae publicae administrator fraudavit annonam, aut male administravit, atque sic debitor reipubl. esse coepit, non potest eidem opponere compensationem. Est autem annona seu annonaria species, omnis generis educta, quae solent convehi exercitus alendi. l. 1. l. ult. π. ad L. Jul. de annon. vel largitionum populo di-*

Datur compensatio generis ejusdem ad genus & speciei ad speciem.

In quibusdam caussis contra fiscum, compensatio locum non habet.

Annona.

distribuendarum gratia. Lipsius. 1. Elect. 8. quæ a provincialibus exigebantur & in horreis limitanearum civitatum asservabantur. Salmas. Spartian. fol. 29. Vide de annonar. speciebus Guther. de O. D. A. lib. 2. c. 11. Et hæ sunt COPIÆ, de quibus in l. 20. π. h. t. Vide Val. Max. lib. 5. c. 1. Plin. Paneg. INDE COPIÆ, INDE ANNONA. Et COPIARI, verbum castrense apud GELL. 17. 2. COPIARII, qui eas annonas præbebant, qui & parochi, Porphyrioni. Inde & CAUPONÆ, Festo. Non obstat l. 17. ff. h. t. in qua non EDULITATIS, ut Donellus contendit cum Duareno, quæ vox nihili est: Sed ÆDILITATIS legendum, ut in Recitationibus publicis ad tit. de Compens. late probavi contra Donellum. Et crediti, *ejus etiam, quod creditor fidejussori debet, ut electionem habeat fidejussor compensandi vel quod sibi, vel reo debetur, vel si utrumque etiam velit, l. si a fidejussore. 5. de compens.* inter se, *modo debitum sit purum, non in diem vel conditionem dilatum. l. 7. h. Et liquidum, l. fin. C. h. Quale est, quod sine ulteriori indagine liquidari potest, quod judex arbitrabitur, arg. l. fin. de jur. delib. Et quod per exceptionem perimi non potest. l. 14. ff. h. t.* contributio, *l. 3. ff. h. t. Ergo non alius, quam cui debetur, compensare potest, nec creditor cogitur compensare, quod alii quam debitori suo debet, l. in rem suam. 18. §. 1. l. cum militi. 16. ff. eod. l. ejus. C. eod.* Fit compensatio ipso jure, *perinde ut eo ipso tempore, quo mutua exstitit obligatio, ea exstincta habeatur,* usurasque *concurrentis apud utrumque quantitatis sistat. l. cum alter. 11. ff. h. t. l. 4. C. eod. sed allegända tamen est in judicio, ut de animo compensandi judici constet. l. pen. ff. h. t. l. 2. l. 7. l. ult. §. 2. C. h. t.*

Copiæ.

Creditum liquidum.

AD THES. X.

QUANTITAS EJUSDEM GENERIS] Notum est: per *genus* communiter in jure indigitari speciem Aristotelicam, & per *speciem* denotari individuum Aristotelicum. Ergo quando ad compensationem requiritur quantitas ejusdem generis, per *quantitatem* intelligitur individuum aliquod specierum fungibilium v. g. vini, olei, frumenti, pecuniæ &c. Sensus igitur Auctoris est, quod individuum unum compensetur cum altero individuo ejusdem speciei fungibilis (immediatæ & ejusdem bonitatis) v. g. tritici cum tritico, hordei cum hordeo, vini Rhenani cum Rhenano, monetæ

netæ argenteæ cum argentea, vini Rhenani veteris cum veteri. Vid. Hahn. *ad VVesenb. de compens. n. 6.*

NON CORPUS] H. e. individuum specierum non fungibilium cum altero individuo sive ejusdem speciei; sive diversæ, inde non compensatur, v. g. equus cum equo, equus cum homine &c. Ex dictis ulterius collige, quod nec compensetur *quantitas* cum *corpore*, h. e. individuum speciei fungibilis cum individuo speciei non fungibilis, v. g. equus cum hordeo, aut pecunia, nec *quantitas* cum *quantitate* diversi generis, h. e. individuum speciei fungibilis cum individuo alterius speciei v. g. frumentum cum vino, vinum Rhenense cum Franconico, triticum cum hordeo: imo nec individuum cum individuo ejusdem speciei, si non adsit simul eadem bonitas. Unde non compensabitur vinum vetus cum vino novo, moneta argentea cum aurea. Hahn. *d. l.* Conf. Carpz. *P. I. c. 8. d. 21.*

GENERIS EJUSDEM AD GENUS] Nihil mutandum ex doctrina præcedenti, sed tantum sensus phrasium diversarum recte explicandus. Nunquam *genus* cum *genere* compensatur, h. e. individuum hujus speciei cum individuo alterius speciei (hic enim debet esse sensus phraseos istius. *Vid. supra notata ad differt. 16. th. 5. verba: genera autem dari non possunt.*) Sed compensatur tamen species in genere debita cum alia specie in genere debita. Dicitur autem *species in genere* deberi, quando debetur individuum incertum ac stylo philosophico vagum, v. g. quidam equus, quidam homo. Etsi igitur alias corporis cum corpore v. g. hominis cum homine nulla fit compensatio, tamen si debeatur utrobique homo in genere, procedit compensatio, quia scil. in debito corporum in genere electio est debitoris, & ergo quia potest hic uterque eligere corpus, cujus valor est minimus, inde etiam in hoc casu debitum hoc utrobique consideratur ut quantitas.

QVI HOMINEM MIHI LEGAVERAT] Hoc exemplum quadrare non videtur, quamvis idem adhibeat Dn. Struv. *ex. 21. th. 17.* Quia in legato generis legatarius creditor habet electionem: non debitor. Ergo si legatarius promiserit heredi hominem in genere, poterit, quia ipse debitor electionem habet se liberare ab obligatione, si solvat hominem v. g. triginta vel etiam minus valentem. At si in hæreditate tres sint servi, quorum unus valet 100. alter 50. tertius 30. heres non liberabitur, si legatario det servum 30. florenis æstimatum, sed legatarius poterit in hoc legato generis eligere servum medium *§. 22. Inst. de legat. l. 37. de leg. 1.* cujus adeo, quia 50. valet, cum servo, heredi a legatario debito, 30. vel etiam minoris valente, non est compensatio. Nisi Auctorem de eo casu intelligere velis, ubi defunctus non habet servos. Hic enim nihil habet, quod eligat legatarius.

IN EADEM SPECIE] Cum *species*] Ctis denotet individuum, ideo abstrahen-

da a qualitatibus specierum, seu individuorum utrumque recte dicitur, & *speciei ad speciem esse compensationem*, h. e. individui cum individuo ejusdem speciei fungibilis, & *speciei ad speciem non esse compensationem*, h. e. individui cum individuo ejusdem speciei non fungibilis. At in materia compensationis JCti voce *speciei* stricte utuntur pro solo individuo speciei non fungibilis, ita ut h. l. species & corpus sint synonyma, & opponantur *quantitati*, h. e. individuo speciei fungibilis, (quod individuum speciei fungibilis in materia compensationis Dd. ut contradistinguerent ab fortius individuo speciei non fungibilis, solent voce *generis*, sed maxime improprie & abusive indicare, dicentes: generis cum genere quidem, sed non speciei cum specie esse compensationem. Conf. Dn. Struv. ex. 21. th. 17. Hahn. *ad VVesenb. de compensat. n. 6.*) Videtur autem haec propositio: (quod speciei cum specie, h. e. individui cum individuo speciei non fungibilis, seu corporis, nulla sit compensatio) omnino exceptionem non pati in *d. l. 22. ff. h. t.* Neque enim (ut Auctor putat) JCtus ibidem simpliciter admittit compensationem, sive adversarius eligat pecuniam, sive genus; verum sensus legis videtur iste: *Si debeas decem millia, aut hominem, utrum adversarius volet*, antequam adversarius elegerit ac optaverit, compensatio obtinere nequit, quia ante electionem adhuc incertum est debitum, incerti autem & illiquidi nulla est compensatio. Ergo *ita demum compensatio hujus debiti admittitur, si adversarius palam dixisset: utrum voluisset*, quo tamen casu iterum praesupponendi erunt termini habiles, ut si hominem elegisset, compensatio non habeat locum propter *l. 2. §. 1. de reb. cred.* sin vero decem mille, tunc admittetur compensatio. Haec textus explicatio ideo videtur explicationi Auctoris praeferenda, quia, etiamsi utramque admittant verba legis, tamen nostra magis cum regulis convenit in *d. l. 2. §. 1. de reb. cred.* posita. Exceptionem autem formare a regula non debemus, nisi adsint verba satis expressa.

ET EUNDEM USUMFRUCTUM] Hoc exemplum proprie ad compensationem non spectat, cum in compensatione compensentur debita numero diversa. Hic vero est debitum unum & idem numero. Hinc etiam praesupponit Auctor ex Pacio, quod debeat eadem esse species (id est idem individuum) subjecti, cui inhaeret ususfructus: Nam si diversum sit subjectum, v. g. si ego tibi promiserim usumfructum fundi Tusculani, tu mihi debeas usumfructum fundi Titiani, non possum tibi exceptionem compensationis opponere. Mallem itaque exemplum ab Auctore hic adductum ad confusionem obligationum referre, quam ad compensationem.

SOLA ACTIONE DEPOSITI] Imo & actione commodati, si res ipsa petatur *l. ult. ff. de commod.* Carpz. *P. I. const. 3. def. ult.*

SINE ULTERIORI INDAGINE LIQUIDARI] De Jure Saxonico distinguitur inter processum ordinarium & summarium. In hoc debet probari exce-

ptio

Digitized by Google

ptio compensationis in continenti, h. e. intra 6. septimanas & 3. dies per sola instrumenta, aut confessionem partis, non per testes, nec per delationem juramenti. At in processu ordinario testes & juramenti delatio admittuntur. Carpz. d. P. I. c. 8. d. 13. 14. 15.

ERGO NON ALIVS, QVAM CVI DEBETVR] Excipe tamen procuratorem in rem suam, qui post litem contestatam compensatione utitur *l. 18. pr. h. t.* An etiam ante litem contestatam? Ita cum aliis putat Coppel. *de compensat. cap. 3. n. 13.* Sed verior negativa per *d. l. 18. pr.* Conf. Struv. *ex. 21. th. 25.*

NEC CREDITOR COGITVR COMPENSARE] Nec etiam cogitur compensare, quod non ipse, sed alius debet. Unde quaesitum est: *an cessionario possit opponi exceptio compensationis super debito illo, quod debet cedens?* Affirmativam exacte defendit Franzk. *l. 1. resol. 13.* sive cessionarius utatur actione directa, sive utili, sive debitum sit ante cessionem, sive post eam, quem sequuntur Struv. *d. ex. 21. th. 25.* Hahn. *ad VVesenbec. de compensat. n. ult.* Quamvis autem ab hac sententia dissentiat Carpzovius *l. 3. dec. 155. n. 18. seqq.* ejusque opinio, non obstante ejus duritie, in foro Saxonico Electorali per praejudicia duo ab ipso allata recepta esse videatur; docuit me tamen JCtus summus & omni praeconio major JACOBUS BORNIUS, dum notas has censurae gratia perlegeret, ante hos septendecim annos a Carpzovii sententia, vivo adhuc eo & assidente, adeoque etiam ab Antecessorum suorum Responsis super hac quaestione latis discessisse Dominos Scabinos Lipsienses Franzkii doctrinam secutos, eamque ut rationi juris magis convenientem Dicasteria, judiciaque Electoratus universa hodie observare, cui adeo pro hac fidelissima informatione maximas grates publice ago habeoque.

XI. Capitis maxima & media diminutione etiam debitor liberatur, *veluti si liber propter ingratitudinem vel sui ipsius venditionem in servitutem redigitur, l. 22. de R. J.* * *Salva tamen naturali obligatione & actione de peculio, contra novum Dominum. Imo si Dominus eum defendere nolit, bona creditoribus erunt permittenda, arg. §. ult. Instit. de Adquis. per adrog. si fiat servus poena, l. 1. C. de fidejuss. Ita tamen, ut obligationes in fiscum transferantur, l. 15. C. de fidejus. Eadem ratio & est mediae minutionis, l. 5. C. de bon. proscr.* Ut & minima, *non qua per arrogationem, sed emancipationem fit, l. 3. ff. de cap. min. Quod causam praebuit edicto restitutorio, l. 2. π. Quod cum eo, qui in al.* * *bodie etiamnum forte necessario, siquidem adhuc emancipatio sit capitis minutio.* Maxima & med. diminut. cap. liberatur. Sicut & minima.

AD THES. XI.

NON QVÆ PER ARROGATIONEM, SED EMANCIPATIONEM] Sed hoc quidem *in d. l. 3. de cap. minut.* non dicitur. Et imo tam per arrogationem, quam per emancipationem olim stricto jure periisse obligationes probat *d. l. 3. jun. l. 2. de cap. minut.* & agnoscit Auctor ipse infra *dissert. 27. th. 21.* Sentit forte Auctor *d. l.* cum Niellio, qui & ipse putavit *l. 2. §. 1. de cap. min.* saltem ad emancipatos spectare, non ad arrogatos, refutatus propterea a Franzk. *ad tit. de cap. min.* Conf. eund. *exerc. 3. th. 3.*

EDICTO RESTITUTORIO L. II. QVOD CUM EO] Imo edictum *l. 2. ff. quod cum eo* nequaquam est restitutorium, nec in favorem creditorum filiifamilias, sed in beneficium ipsius filiifamilias inventum. Vid. Eckolt. & VVesenb. *ad tit. ff. quod cum eo.* Illud autem edictum restituit creditoribus actiones suas per arrogationem & emancipationem stricto jure amissas, quod recensetur *l. 2. §. 1. de cap. minut.*

HODIE ETIAMNUM FORTE NECESSARIO] Edictum *l. 2. quod cum eo* hodie adhuc obtinere forte non est dubium. An vero edictum *l. 2. §. 1. de cap. minut.* hodie sit necessarium? Negat Franzk. *ad tit. de cap. minut. & d. ex. 3. qu. 3.* non solum quoad emancipatos, quia emancipatio hodie non est amplius capitis diminutio *arg. l. ult. C. de emanc. & Nov. 118.* sed & quoad arrogatos. Adde Struv. *ex. 8. th. 66. ibique in resolut.*

XII. Denique adde modos, quibus creditor jus crediti amittit, *ut si vim debitori fecerit, & rem debitam vel aliam extorserit, l. sed & partus. 12. §. ult. ff. quod met. caus. l. pen. π. ad L. Jul. de vi pri. Si liberos debitoris in pignus aut servile ministerium, aut conductionem receperit, Nov. 134. c. 7. Si usus sit pignerationibus, Nov. 52. quas repressalias vocant.*

AD THES. XII.

VIM DEBITORI] An hæc debiti amissio communi orbis Christiani usu abrogata sit, necne? alii videant. Lege interim Carpz. *P. IV. c. 36. d. 11. & 7. 8.* Illud certum est de Jure Saxon. eam non observari, sed loco ejus, is qui violenter bona debitoris crediti consequendi causa invadit, debitori ad emendam 30. solidorum, magistratui vero pro diversitate circumstantiarum ad mulctam pecuniariam, incarcerationem, aut relegationem tenetur. Sandr. *lib. 3. art. 43. Carpz. d. l. def. 11. & 12.*

USUS SIT PIGNORATIONIBUS] Vide Rittershus. *ad Novell. P. 3. cap. 7. n. 12. seqq.*

Oblatio & obsignatio pecuniæ debitæ.

XIII. Tum proprios & speciales modos, obligationum ex conventione tollentes, qui sunt oblatio & obsignatio pecuniæ debitæ; * *non ope exceptionis: sed ipso jure ita tollentes obligatio-*

tionem, l. 19. C. de usur. l. 9. C. de solut. *Totius nempe pecuniae & omnis, l. tutor. 41. §. ejus. ff. de usur. l. 19. C. de usur.* a creditore non acceptae. *Nec sufficit, ut verbis duntaxat fiat, (Nisi ad hos effectus, ut debitor liberetur a periculo, si postea contingat rem oblatam perire, l. stipulatus sum. 105. ff. de verb. oblig. l. qui decem. 72. ff. de solut. idque sive bonae fidei, sive stricti juris judicia fuerint, l. 105. de verbor. obl. Ut solvatur antichresis, l. ex praediis. C. de usur. Et liberet ab usuris majoribus, si per te 9. C. de usur.) Sed obsignata deponenda est. Idque si* solenniter & testato, *l. 6. C. de usur.* opportuno loco & tempore facta, *l. 9. ff. l. obsignatione 9. C. h. t. Apud aedituum, vel tabularium, vel alium quemlibet, judicis jussu l. si creditrici 6. C. de usur.* * *Ex qua tamen revera, ex parte rei debitor non liberatur: sed duntaxat juris fictione pro liberato habetur, quoad pleraque liberationis commoda. Ut enim revera liberatio contingeret, oporteret creditorem pecuniae depositae factum fuisse Dominum. Quod secus est in depositione, per l. acceptam. 19. C. qui pot. in pignor. Don. 16. 14. Quid? Quod debitor post depositionem potest conveniri & moram facere, l. debitor. 7. ff. de usur.* * *Quam legem explicare de casu, ubi depositum ad se recepit deponens, divinatorium, Papiniani accuratione indignum, plane dovisatos est. Facit, l. 1. C. de suscept. Nos id omni regulariter obligationi accidere posse statuimus. Nam ut obsignatio liberationis habeat effectum, testato facienda est oblatio, d. l. acceptam. Quorsum autem testato? Nisi ut creditore negante oblationem vel simpliciter, vel totius debiti, vel etiam se recusasse pecuniam accipere, hoc debitor probare queat. Nulla vero probatio ubi nulla conventio. Moram autem & post depositionem facere potest debitor, si v. g. conventus oblationem testato se fecisse docere tergiversetur: Si de obsignatione fidem non faciat eo tempore, quo convenitur, (nam tum & absente creditore depositio fiebat) si, mutata voluntate depositario vel aedituo inhibeat, ne traditionem creditori faciat. Et similiter.* Explic. l. 7. de Usur.

AD THES. XIII.

OBLIGATIO ET OBSIGNATIO] De qua vide omnino Brunnemann. *ad l. 19. ff. de usuris*, ubi & illam quaestionem tractat: *An in animalibus realis oblatio,*

latio, & in immobilibus verbalis oblatio loco depositionis sit? Adde quoad usum forensem Carpz. *P. II. c. 28. d. 16. 17. & conf. 30. def. 14.*

XIV. Speciei interitus, *quoniam quantitas quidem nunquam perit, l. incendium. C. si cert. pet. l. in ratione. 11. §. diligenter. ff. ad L. Falc. Ideoque nec ejus debitor liberatur per casum adversæ fortunæ, d. l. incendium. 11. C. si cert. l. in ratione 30. §. incertæ. 5. ff. ad L. Falc. Nisi certa nummorum corpora sunt in obligatione, puta, qui in arca sunt, l. si certos. 37. ff. de verb. obl. Vel quantitas debeatur, respectu certæ speciei, seu propter id, quod species debebatur. V. g. Si servus, qui damnum dedit, ante actionem noxalem utilem institutam, decesserit. Quamvis enim non amplius servus, seu species, sed æstimatio litis sit in actione, l. si plurium. 39. pr. ff. eod. omnis tamen exstincta est obligatio, l. electio. 26. §. si it. 4. l. 39. §. fin. ff. de nox. act. Vel re certa, pluribus in solidum relicta, uni autem ex legatariis soluta, & ante heredis moram fataliter exstincta, ubi heres reliquis legatariis æstimationem præstare non tenetur, l. 39. §. fin. ff. de leg. 1.*

Interitus speciei debitorem liberat.

Debitorem liberat, si res debita absque mora, culpa, aut facto debitoris pereat. *l. si mihi 92. ff. de solut. l. 107. ff. eod. l. si Stichus. 33. ff. de verb. oblig. l. 8. ff. de per. & com. rei vend. Sive interitus sit naturalis, sive civilis, puta, si res commercio eximatur, l. inter stipulantem. 83. §. sacram. ff. de verb. obl. l. qua res. 98. §. ultim. ff. de solut. Commissa vero mora, si res perierit, aut agitur actione reali, & absolvitur bonæ fidei possessor, si res post cœptum judicium absque dolo vel culpa eodem modo apud debitorem peritura fuisset, l. illud quoque. 40. pr. ff. de hered. pet. quia nullus possessor superest, contra quem agi possit, l. officium. 9. de R. V. Malæ fidei autem possessor, et si rebus ante litem contestatam fatali casu peremtis conveniri nequeat, l. si navis. 62. ff. de R. V. l. sed etsi. 25. §. qui ait. 2. l. si a Domino. 36. §. prædo. 3. ff. de hered. pet. l. si res ipsa. 18. ff. quod met. causs. l. in heredem. 26. ff. de dol. mal. Nisi quoad fructus, l. utique. 16. ff. de R. V. Tenetur tamen post litem contestatam, l. illud quoque 40. pr. ff. de pet. her. Non tantum ad rei ipsius æstimationem: verum etiam fructus partus & omnis causæ, l. Julianus 17. §. 1. de R. V. Aut agitur actione personali, & debitor post commissam moram ad casum fatalem omnino tenetur, l. quod te. 5. ff. de reb. cred.*

Digitized by Google

AD THES. XIV.

NISI CERTA] Limitationes hæ ad regulam quod quantitatis interitus non liberet ejus debitorem, nihil faciunt; nam quod nummos, qui in arca sunt, attinet, ii non considerantur ut quantitas, sed ut species, seu corpora.

VEL QUANTITAS DEBEATUR] Deinde quod exemplum de quantitate respectu certæ speciei debitæ concernit, ibi non quantitatis, sed speciei interitus liberat debitorem.

V. G. SI SERVUS] Nam si v. g. dominus servum, qui damnum dedit, dolo desiisset possidere, dabatur actio noxalis utilis adversus eum, ut damnum resarciret, ne videlicet dolus ejus ipsi prodesset; at si ante actionem institutam servus moreretur, cessabat actio, non quasi hic quantitas interierit, sed quod tunc dolus ei amplius non prodesse poterat, cum speciei interitu dominus sit liberatus.

VEL RE CERTA] Idem judicium esto de hoc casu, ubi hæres obligabatur ex culpa.

XV. Denique Præscriptio *quoque obligationem tollit; sed interrumpitur citatione. Vide infra diss. 24. aphor. 4.* Sententia, *obligationem tollit, non ipso jure, sed ope exceptionis, uti pactum §. præterea etiam, §. idem si, Inst. de Except. ideoque obligatio non tota, sed tantum quod ad naturale vinculum, extinguitur. L. Julianus 60. ff. de Cond. indeb.* Concursus duarum lucrativarum causarum *in eandem personam & rem*, [redacted] eadem species, *non quantitas, l. 34. §. 3. de leg. 1. l. 87. pr. de leg. 2.* jam ante ad creditorem pervenerit *ita ut avocari nequeat, d. l. 61. de l. 82. Nisi obligatio ex stipulatione alternativa contracta fuerit, L. 16. ff. de verbor. obl.* Et denique contrarius consensus, *qui, re integra*, obligationes, quæ consensu contractæ sunt, tollit, *§. ult. Instit. h. Ut enim quæque obligatio contrahitur, ita etiam dissolvitur, l. prout. 80. ff. de solut. l. 35. π. de R. J. Sed oportet, ut id actum inter partes sit. Nam per pactum de non petendo ne contractus quidem consensuales aliter, quam ope exceptionis tolluntur.*

Obligationem tollit quoque Præscriptio. Sententia.

Concursus duarum causarum lucrativarum.

Consensus contrarius obligationes consensuales tollit. Cessio quid?

AD THES. XV.

QVOD AD NATURALE VINCULUM] Forte auctor dicere voluit: QVOAD CIVILE. Nam naturale vinculum remanet & ideo solutum non repetitur *d. l. 60. ff. de cond. ind.* Imo si naturale vinculum extingueretur, tota obligatio interiret, quod tamen non vult Auctor.

CONCURSUS DUARUM LUCRATIVARUM] Atqui si Stichum ex stipu-

latu

fato petierim, possum etiam ex testamento petere *l. 18. ff. de O. & A.* Respondeo lex haec explicanda est ex *l. 108. §. 4. de leg. 1.*

QVAM OPE EXCEPTIONIS] Hodie vero ipso jure, cum pacta hodie pariant actionem.

XVI. Cessio autem obligationem *non quidem exstinguit, sed tamen* transfert. Est itaque obligationis & actionis in alterum translatio. *Quod enim in rebus traditio est, id in obligatione cessio. §. 21. Instit. de legat. l. venditor. 29. ff. de hered. vel act. vend. l. 2. C. de donat. Unde etsi pro synonymis habentur, cedere, praestare, mandare, exhibere, transferre, delegare, vendere actiones: Revera tamen aliud cedere, seu transferre, & praestare actiones; aliud est mandare, aliud item vendere, donare, in solutum dare actiones. Adeoque res ita habet: Qui nomina in alium transfert, quod est cedere, eum oportet adhibere causam seu titulum, per quem proprietas in accipientem transeat, sive onerosus, ut venditio, permutatio, in solutum datio. His modis adquirit nomen: Sed nondum actionem habebat olim, qua exigere illud posset a debitore moroso. Subtilitate enim juris ita obligato inhaeret persona creditoris, ut divelli ulla ratione prudentibus non videretur posse. Ergo mandandae erant cessionario actiones creditoris, quantumvis jam ei cessae, ut nomine cedentis eas exerceret, commodum autem ipse mandatarius inde ferret. & ita constituebatur Procurator creditoris cedentis, sed in rem suam, qui alieno equidem nomine ageret, sed sui commodi causa. Apparet igitur neque cessionem speciem esse mandati, adeoque perperam ita definiri: Itemque mandato, quocunque titulo cessio facta esset, opus fuisse ad agendum ex cesso, neque tamen mandatum instar tituli esse, ut quidem vult Wissenbach. diss. 1. Extraord. Quis enim mandatum titulum proprietatis acquirendae esse unquam statuit? Est ergo vel modus cedendi, vel necessarium concomitans, sine quo in judicio non poterit cessionarius experiri. At post constitutionem D. Pii, adeo necessarium non est mandatum: sed potest cessionarius utilibus actionibus experiri. l. si cum emtore. 16 ff. de pact. ut deficiente mandato etiam perperam procurator in rem suam appellaretur, cum nemo procurator sine mandato intelligi possit. Non ergo cedere & mandare actiones si-*

Aliud cedere seu transferre & praestare actiones, aliud mandare, aliud vendere donare etc.

Cessio non est species mandati.

Non omnis cessionarius actiones directas ex persona habet.

synonyma sunt, idemve significant, nec mandatum univoce prædicari de cessione, tanquam genere, potest, neque omnis, cessionarius actiones directas ex persona domini habet, sed solus mandatarius actionis, qui & solus procurator in rem suam. l. 2. §. ult. famil. ercisc.

XVII. Cedi autem actiones ab omnibus possunt, qui alienandi potestatem habent. Ergo *nec prodigus. l. 40. de R. J. nec pupillus sine auctoritate tutoris. l. 43. de O. & A. nec minor curatorem habens l. 3. C. de rest. Min. Sed* procurator qui speciale mandatum habet *l. 11. §. ultim. ff. de pign. act. l. 33. de acq. poss. l. 41. de reb. cred.* Vel liberam omnium bonorum administrationem. *l. 9. §. 4. de adq. rer. dom. l. 58. de procur. An & cessionarius? Ita quidem, si ex titulo proprietatis translatitio cessum.* — *Quinam recte cedant actiones?*

AD THES. XVII.

AN ET CESSIONARIUS?] Omnino quia transit ad cessionarium proprietas plena actionis, nec unquam prohibetur.

EX TITULO PROPRIETATIS TRANSLATITIO] Hæc limitatio est otiosa, quia cessio sine titulo proprietatis translatitio est otiosa per th. 16.

XVIII. Cedi possunt omnes actiones. *l. fin. C. de her. vel act. vend.* Exceptis injuriarum actione, *quia ante litis contestationem non computatur in bonis. l. injuriarum 28. ff. de injur. l. penales. 32. ff. ad L. Falc. Unde nec in heredem transmittitur. Post litem autem contestatam est actio litigiosa, quæ nec cedi ipsa potest. Vide Dn. Brunnem. tr. de cess. act. c. 4. n. 37.* Operis officialibus, *quas patrono libertus debet, l. 9. ff. de oper. lib.* Præbendis *c. si quis datam. 2. c. 1. q. 3. c. tua nos. 34. X. de Simon.* Retractus gentilitii jure *consanguineis competente. Pinzig. q. 30. arg. l. 62. ff. de cont. emt.* Usufructu, *qui extraneo cedi nequit. §. finitur. 3. Inst. de usufr.* Et similibus. — An actiones omnes cedi possint?

AD THES. XIIX.

EXCEPTIS INJURIARUM ACTIONE] Dissentit Eck. *de hered. & act. vendit. th. 4.* Sed ei ex dictis ab auctore facile respondere potest, cum eorum falsam rationem refutet, qui ideo injuriarum actionem cedi non posse asserunt, quia non transeat in heredes.

XIX. *Porro cedere actionibus suis tenentur ii, qui ad rem restituendam obstringuntur, uti heres fiduciarius actiones ex hereditate adquisitas. l. si heres 73. π. ad SC. Trebell. Venditor non solum* — Quinam teneantur actionibus suis cedere?

Digitized by Google

hereditatis, qui rei vindicationem una cum hereditate venditori praestat. l. 2. §. 3. de her. vend. sed quivis alius etiam rei singularis. l. 1. π. & C. de per. & comm. rei vend. §. cum aut in f. Inst. de Emt. l. quod saepe 31. §. 4. π. de Contr. emt. Creditor soluto debito actiones, quas ex pignore adquisivit. l. 13 ff. de pign. act. sed & pignus vendens tenetur emtori cedere actionem adversus debitorem. l. 38. de Evict. Et fidejussori solidum solventi, adversus confidejussores. l. 17. l. 36. de fidejuss. l. 11 C. eod.

Cessionis effectus quinam tam ex parte cessionarii quam cedentis?

XX. Effectus cessionis ex parte cessionarii est, quod instituit actionem directam ex mandato. *Quare si mandans jam decesserit, ex ejus persona actio directa non potest moveri. l. 1. C. de O. & A.* Utilem vero [illegible] causa dominii translativa. *Non ergo magis ex cessione quam traditione nasci actio potest, sive directa, sive utilis, sed vel ex mandato vel ex titulo. Ceterum actione utili experiri cessionarius etiam adversus cedentem potest, arg. l. si culpa 63. ff. de R. V.* Ex parte vero cedentis, ut is quantumvis post cessionem, nomen cessum exigere a debitore delegato possit. *l. 3. C. de Novat.* re integra, *id est, si nondum litem contestatus sit cessionarius cum debitore, vel denunciaverit debitori cessionem d. l. 3.* Et cedendo liberetur obligatione creditoris sui, cum cessio instar solutionis sit. *l. 16. C. de solut. l. 16. de O. & A. Ideoq. ad evictionem cedens tantum tenetur, ut praestet verum debitorem, & sine exceptione efficaciter obligatum. l. 13. de R. V. Non vero ut debitorem locupletem. l. si nomen 4. π. de her. vend.*

AD THES. XX.

EFFECTUS CESSIONIS] Non omittenda est *forma* cessionis, & quomodo ea fieri debeat, de qua ut & pluribus quaestionibus practicis ad materiam cessionis spectantibus vide *mandatum Serenissimi de dato 1. Febr. 1642.* (apud Philipp. *obs. 1. ad decis. 28. p. 337. seqq.*) & *decisionem novissimam 28. ibique additas a Philippi observationes septem.* Scilicet cum lege Anastasiana constitutum sit, ut is, cui vendita est actio, non plus possit exigere, quam ipse pretii nomine creditori exolvit, quaerebatur cui reliquum cedere debeat, an debitori, an cedenti, an fisco? Pro debitore pugnant Finckelth. *obs. 37.* Richt. *P. I. decis. 36.* Struv. *ex. 21. th. 80.* Pro cedente judicavit B. Carpzov. *P. I. c. 30. d. 37.* Berlich. *P. I. decis. 35.* Idem tamen Carpzov. *lib. 5. Resp. 75.* fisco id adjudicavit. Litem hanc JCtorum Saxonicorum diremit Serenissimus *d. decis. 28.* per varias distinctiones, quas optime explicat Philipp. *d. l. obs. 7.*

DIS-

DISSERTATIO XIIX.

De
Impensis, Fructibus, Usuris, eo quod interest & aliis accessionibus.

RESPONDENTE
JOHANN. THEODORICO Wrede, Lemgovia-Guestph.

APHORISMUS I.

SUpersunt *in jure rerum* Accessiones, *quæ & ipsæ quidem res sunt; sed aliis tamen rebus accedunt, & respectum ad eas habent*, ut impensæ, quæ sint sumtus vel in rem ipsam, *quæ petitur*, vel in litem judicialem facti, *l. 7. §. impendia 16. ff. sol. mat. l. 38. de R. V. l. 19. l. 15. C. de judic. l. 9. & l. 1. C. de fruct. & lit. imp.* Eæque vel necessariæ, quæ si factæ non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit, *l. 79. pr. de V. S. l. impensæ. 14. pr. ff. de imp. in R. D. fact. Ubi alia causa est impensarum, quæ fructuum causa fiunt, quas semper omnes deducunt tam a B. F. P. quam prædone, l. 36. §. fin. de pet. hered. l. 51. Fam. herc. fructus enim non nisi deductis impensis intelliguntur, d. l. 36. de usur. l. 56. pro soc. Et B. quidem F. possessor deducit, quantumvis nihil perceperit fructuum. l. quod si sumtum. 37. ff. de hered. pet. Quod attinet autem maritum, quia fructus dotis lucratur, nec restituit, ideo nec impensas fructuum causa factas deducit. l. ultim. ff. de imp. in rem dot.* *Alia rerum ipsarum*, quas & bonæ & malæ fidei possessor deducunt, *l. 5. C. de R. V. l. 36. de pet. her. (excepto fure. l. 1. C. de inf. exp. l. 13. de cond. furt. arg. l. 60. §. 2. l. 22. de N. g. gest.) propter regulam l. 14. de cond. indeb. (Hac tamen differentia, quod B. F. possessor impensas deducat, licet res non extet, in quam fecit, l. plane. 38. de her. pet. Hereditas enim ut augmentum per fructus, aliasque accessiones, ita deminutionem capit impensis. Prædo autem non aliter deducit impensas, quam si res extet & melior sit.) Ratio, quia etsi res permansisset apud Dominum, illa facienda fuissent; & necessitas donandi animum facile excludit, arg. l. 18. de adempt. leg. l. 29. de don.*

Impensæ quid?

Necessariæ.

Possessione rei, in quam factæ impensæ, restituta, nulla actio ad repetendum impensas competit.

dos. Quod si possessio rei, in quam facta impensa restituta, nulla ad repetendas has impensas prodita actio est per l. sumtus. 48. de R.V. l. 14. de dol. M. & M. except. l. 33. l. 51. de Cond. ind. l. 14. §. 1. Commu. div. Neque N. Gestorum. l. 33 de Cond. ind. l. 4. C. de N. G. l. 5. C. de R.V. Neque condictio incerti seu possessionis. Vide Schilterdeg. lib. 2. tractat. 12. Dn. Ungepaur. Exercit. 6. q. 1. Circa impensas necessarias in dotem factas hoc jus est, ut ipso jure dotem minuant: Sed aliter, si pecunia aut æstimatio in dote, ubi in corpore ipso fit imminutio, & res pro parte divisa desinit esse dotalis: Aliter si species. In hac enim ipsas res imminui ipso jure corporaliter ait Ulpianus l. 5. pr. ff. de Imp. in rem dot. fact. & Paulus in l. 56. §. 3. de jur. dot. Sed pro parte indivisa, ad hunc finem, ut dos tamdiu possit retineri, donec impensa solvantur. Desinit ergo & hic fundus dotalis esse, pro indiviso, ad effectum detentationis, quæ in re dotali alias consistere non posset.

AD DISSERTAT. XIIX.

AD THES. I.

QVANTVMVIS NIHIL PERCEPERIT FRVCTVVM] Ergo tum deducit impensas, si fructus plane non adsunt, ex rebus reliquis hæreditariis.

IDEO NEC IMPENSAS] Scilicet non deducit ex reliquis rebus dotalibus.

ET BONÆ ET MALÆ FIDEI POSSESSOR] Et bonæ quidem fidei possessor tum demum deducit, si fructuum ante litem contestatam perceptorum & consumtorum summam excedunt ut ex *l. 48. ff. de R. V.* latius deducit Struv. *ex. 11. th. 35.*

HAC TAMEN DIFFERENTIA] Et hic videtur distinguendum esse inter hæreditatis petitionem & rei vindicationem. In hæreditatis petitione b. f. possessor impensas necessarias deducit ex reliquis rebus hæreditariis, licet res non extet, in quam fecit, non vero m. f. possessor per ea, quæ Auctor hic. Adde Struv. *exerc. 10. th. 61.* Sed in rei vindicatione cum hic leges non distinguant, uterque, licet res non extet, deducit expensas non quidem a reliquis rebus quia hic non sunt res reliquæ, sed a rei æstimatione, quando & bonæ & malæ fidei possessor in hanc venit condemnandus. Vid. Struv. *ex. 11. th. 31. junct. th. 12. & 27.*

NVLLA AD REPETENDAS HAS IMPENSAS] Vide quæ notavimus supra *ad dissert. 6. th. 46.*

Utiles.

II. Utiles sunt, quibus res carere potuit, quæ tamen si factæ fuerint, fructum augent. *Ubi distinguendum inter hæreditatis*

tis

tis petitionem & Rei vindicationem: In illa B. F., possessor sive res melior facta, sive minus, deducit impensas, l. 38. de her. pet. In hac si res melior facta, & impensa auferri non possit, indistincte deducit, quia nec animus donandi adest nec aequitas petitorem patitur ex alterius damno esse locupletiorem, d. l. 14. de cond. ind. Sin separabilis sit, non indistincte deducit: sed nisi petitor pati velit, ut possessor tollat, arg. l. 27. §. ultim. de R. V. Alias saltem tollere poterit, etsi sibi inutilis, puta si Dominus pauper. d. l. 38. pr. v. finge pauperem. de R. V. Si vero dives sit, vel qui rem venalem habuit, d. l. 38. in fin. l. 29. eod. Vel verisimiliter eandem fecisset, ad l. 38. pr. l. 15. de p. g. alt. deducit. Si res melior facta non sit, tunc quia alter non locupletatur, cessat deductio: Sed si poterit, auferet: si non, desidiae suae aequitate relinquet. Circa impensas in rem dotalem utiliter factas, olim similiter locus erat deductioni. l. 8. ff. de Imp. in rem. dot. fact. Sed Justinianus pro his, quae voluntate uxoris factae, substituit actionem mandati, pro reliquis negot. gestorum. l. sing. C. de R. i. Ux. act. §. taceat.

AD THES. II.

UTILES SUNT] Vid. l. 79. §. 1. de V. S.

IN HAC SI RES MELIOR FACTA] Adde Struv. ex. 11. th. 31.

III. *Malae fidei possessor autem in petitione hereditatis, si res non sit melior, eas non deducit, quia forte nec Dominus eas fecisset: nec ex factis a M. F. possessore locupletior factus: Sed tollit, si salva re possint auferri. In Rei vindicatione, sive res melior sive non, nunquam deducit, nec, si jus summum respiciamus, tollit. Ratio differentiae est, quod hoc casu donasse videatur l. 29. de donat. l. 145. de R. I. quod illo casu dici nequit. Et licet possit, tamen quia non probimur qui heres est; idem dominus est rei petitae, satis est, si se probet heredem, & res petitas penes defunctum fuisse, etsi alienas, l. 19. de pet. hered. In judicio singulari, ex aequitate malae fidei possessor tollere potest, l. 37. h. t. si salva re possit, sin minus, accessionis jure habetur.*

AD THES. III.

M. F. POSSESSOR] Adde iterum Struv. ex. 11. th. 29. ubi respondet Antonio Fabro.

IV.

IV. Voluptuariæ sunt, quæ sine fructu rem tantum exornant, *d. l. 79. l. 5. §. fin. l. 7. de imp. in rem dot. fac.* quas bonæ fidei possessor deducit in petitione hereditatis, *l. 39. §. 1. de pet. hered.* In rei vindicatione non nisi quando pro utilibus habentur, *l. 38. de R. V.* Alias tollit, modo non maliciose, ut domus tantum absit, *d. l. 38.* Malæ fidei possessor nec hic, nec illic deducit, sed tamen tollit, *l. 5. C. h. t.*

AD THES. IV.

SINE FRUCTU REM EXORNANT] Non dicitur simpliciter, quod impensæ voluptuariæ sint, quæ rem ornant, sed quæ ornant sine fructu. Unde, quod exempla impensarum voluptuariarum *d. l. 79. §. 2. de V. S.* recensita attinet, probe considerandum erit, an ea præter ornamentum afferant quoque rei aliquem usum. *Quapropter in prædio urbano, si maritus cœnacula, quæ locari solent, picturis* (item tapetiis &c.) *exornet, pictura erit utilis, non simpliciter voluptuaria: Tanto enim pluris cœnacula locabuntur, quia ornatius*, verba sunt Alciati *ad d. l. 79. §. 2. de V. S. f. m. 497.* Adde *l. 10. ff. de imp. in rem dot.*

QVAS B. F. POSSESSOR] Adde iterum Struv. *exerc. 11. thes. 34. & exerc. 10. th. 61.*

Impensæ in litem factæ quædam delicatæ, quædam necessariæ.

V. Impensæ in litem factæ quædam delicatæ vocantur, *l. 25. in fin. de pig. act.* quas litigantes sua sponte, præter rem expenderunt. Quædam necessariæ, quæ juxta judiciorum morem forum & consvetum facta sunt. *Illæ in restitutionem plane non veniunt: Sed hæ duntaxat, quales sunt, quæ vel ob processum ipsum vel ob examen testium, vel sportularum solutionem, vel denique ob cibaria & alia in itinere facta sunt. Vid. Ummius.*

AD THES. V.

IMPENSÆ IN LITEM FACTÆ] De impensis in litem factis quoad usum fori Electoralis Saxonici vide Divi Johannis Georgii II. *Ordin. Process. tit. 36. per integr.* Adde *Carpz. in Process. tit. 24. præprimis art. 3. & 4.*

Fructus quid? Naturales.

VI. Fructus denotant omnem utilitatem, quam vel ex re ipsa, vel ejus occasione percipere possumus. Suntque vel Naturales, qui *ex ipso rei corpore proveniunt*, & tum in naturales in specie subdividuntur, *& a sola natura proveniunt, hominis opera parum vel nihil cooperante, poma, pira, fœnum, lac, lana, fœtus animalium*, tum in industriales, *qui cooperante quidem natura: sed tamen*

non

non absque industria humana proveniunt, frumenta, legumina & alia, Vel Civiles, *qui non ex ipso rei corpore, sed occasione rei percipiuntur, pensiones, mercedes, annui reditus & similia.* Utrique sunt vel pendentes, vel percepti, & hi modo exstantes, modo consumti. Quod attinet pendentes, pars fundi habentur, adeoque cum fundo restituendi. *l. fructus. 44. h. t.* De reliquis distingvendum inter B. & M. F. Possessores. Civiles.

AD THES. VI.

SUNTQVE VEL NATURALES] Desumta est hæc divisio a causa efficiente fructuum: quæ vel est sola industria hominis absque concurrente rei natura, vel industria cum natura rei concurrens, vel sola natura. Industria hominis sola producit fructus *civiles.* Si autem cum natura rei concurrat, vel natura potior est in producendis fructibus industria hominis, vel industria major est, quam natura. Illo modo ut & si sola natura producat fructus, fructus a potiori dicuntur *naturales*, hoc, *industriales.*

POMA, PIRA] Quoad fructus arboreos distingue inter primos & subsequentes: quamvis enim in *l. 45. de usuris* fructus arborei naturalibus adscribi videantur, non inepte tamen fructus arborum primos industrialibus annumerare poteris, legemque dictam ad fructus ulteriores restringere. Ab initio enim hominis opera major est, dum per aliquot annos frustra arborem colere, donec e surculo justa arbor enascatur, maxima cura cogimur. Postea vero & cum Arbor semel ad fructus producendos idonea facta est, nihil aut certe parum æstimamus illam industriam, quam in iis adhibemus. Vid. Oldenburg. *de 4. Elem. Jurid. p. m. 579. §. 71.* Bachov. *ad §. 37. Inst. de R. D. p. m. 294.*

NON ABSQVE INDUSTRIA HUMANA] Imo industria humana hic naturam vincente. Si enim aspicias v. g. valorem seminis, quod in terram projicitur, eumque compares cum industria hominis in proscindendo, offringendo, tertiando, occando, serendo, runcando agro, patebit valorem hujus industriæ humanæ superare valorem seminis, & ita in reliquis fructibus industrialibus.

VEL CIVILES] Dissentit Besoldus Thes. Pract. voce Früchten fructus civiles ex fructuum classe rejiciens per *l. 25. §. 1. de usur.* Sed quemadmodum textus iste nihil evincit; ita alii textus plures contrarium docent, in quibus fructuum appellatione veniunt usuræ *l. 88. §. fin. ad L. Falcid. l. 62. de R. V.* pensiones mercedis, & vecturæ jumentorum *d. l. 62. l. 55. de cond. ind. l. 39. §. 1. de legat. 1. l. 8. §. 1. & 2. de reb. auct. jud. poss.*

PENDENTES VEL PERCEPTI] Hujus divisionis explicationem tradidi in Alleg. *spec. de Jure circa frumentum cap. 1. n. 36.-99.*

EXTANTES, MODO CONSUMTI] Vid. *dill. disput. c. 1. n. 17–35.*

B. f. possessor omnes fructus sibi acquirit.

VII. Bonæ fidei possessori adquiruntur fructus omnes, tam naturales, quam industriales, perceptione sola. *l. 48. de A. R. D. l. 48. de usufr. l. 13. Quemadm. usufr. amm. Quia omnes fructus, etiam naturales, non jure seminis: sed soli adquiruntur l. 25. pr. & §. 2. de usur. Unde pertinent ad eum & fructus ab alio sati. l. 25. §. 1. de usur. Et hæc sententia pragmatica sanctione Francisci I. R. Galliæ confirmata. Rebuff. comm. ad constit. Reg. p. 3. de fructibus. art. 1. Mornac. ad l. certum. 22. C. de R. V. Ut & ab Ordinibus Gelriæ & Zutphaniæ, Lamb. Goris; adv. tract. 3. p. 2. c. 3. n. 9. Itemque in Lusitania Pinel. ad l. 2. C. de resc. V. p. 2. c. 4. n. 60. Hispania, Gras. de Expens. 23. 40. Frisia Sandius 3, 15. 1.*

AD THES. VII.

TAM NATURALES] Adde Struv. *ex. 11. th. 11. & ibi in resolut.* ubi respondet ad textus contra naturales fructus a dissentientibus objectos. Vid. etiam Frank. *ad tit. de R. V. n. 43––49.*

Sed revocabiliter.

VIII. Sed revocabiliter. *Quia fructuum adquisitio, bonæ fidei possessori non aliter defenditur, quam prætextu bonæ fidei, seu probabili opinione dominii. Unde si res evicta sit, domini supervenientis jus, tanquam fortius, & in ipsa veritate fundatum, id quod ex b. fide descenderat, probabile exstinguit. Dn. Franz. comm. ad tit. de R. V. n. 49. Cujus, quamlibet revocabilis perceptionis, effectus est, ut bonæ fidei possessori non opus sit usucapione; ut consumere adquisitas libere possit, etsi usucapione opus est, ne adquisitos adhuc extantes seu nondum consumtos domino evincenti restituere cogatur. arg. l. 4. §. 19. de usucap.*

AD THES. IIX.

ETSI USUCAPIONE OPUS SIT] Breviter: In fructibus extantibus b. f. possessor usucapione opus habet adversus dominum rei, non adversus tertium, sive bonæ, sive malæ fidei possessorem, sed ab hoc eos semper vindicare poterit, ita ut ne quidem Publiciana opus habeat: *arg. d. l. 48. de A. R. D.*

Nisi eos consumserit; nam sic acquirit fructus irrevocabiliter.

IX. Ut ergo bonæ fidei possessor fructus irrevocabiliter faciat suos, opus est consumtione. *l. 4. §. 2. Fin. Reg. l. 4. § 19. de usuc. §. 2. vers. Si vero Inst. de off. jud. l. 41. §. 1. de Re judic. l. 40. in fin. de A. R. D. * Nec obstat l. 45. de usur. Continet enim exce-*

ptio-

ptionem a regula, per l. 136. de R. J. ibi: nisi lex impedimento sit. Impedimento autem est conjugi donatario, inter quem & simplicem bonæ fidei possessorem differentiæ ratio est, quod ille non habeat bonam fidem in re possessa tota. Quia [redacted] donatio legibus prohibita, quatenus donans fit inde pauperior. Quoad fructus vero industriales non fit pauperior. l. 5. §. 13. l. 45. ff. de donat. int. Vir. & Ux. Ergo catenus & bonam fidem habet, eosque solus adquirit.

AD THES. IX.

NEC OBST. L. XLV. DE USUR.] Fructus percipiendo, inquit Pomponius, uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis acquisierit, veluti serendo. Nam si pomum decerpsit, vel ex sylva cædit, non fit ejus, sicuti nec cujuslibet b. f. possessoris, quia non ex facto ejus is fructus nascitur. Hoc textu abutuntur Dd. nonnulli tripliciter. 1. illi, qui statuunt b. f. possessorem acquirere solum fructus industriales, non naturales, adducentes verba: illos tamen &c. &: quia non ex facto. His respondetur a Franzk. de R. V. n. 47. seq. & Struv. d. exerc. th. 11. 2. illi, qui statuunt fructus industriales acquiri statim, ac quatenus adhuc extantes sunt, irrevocabiliter b. f. possessori, per verba: suos facit. Sed respondeo distinguendo inter suum facere revocabiliter & irrevocabiliter. Adde Franzk. d. R. V. n. 55. seq. & Auctorem hic. 3. illi, qui statuunt fructus naturales etiam consumtos restituendos esse a b. f. possessore verb: decerpsit &: cædit: junct. verb: nec cujuslibet: quibus respondet Auctor th. seq.

X. Et hosce consumtos facit bonæ fidei possessor suos, & si factus locupletior: Domino enim hoc casu nulla actio prodita, qua fructus consumtos lucretur. Non vindicatio, quia consumens nec possidet, nec dolo desiit possidere. Non condictio, quia consumendo nec deliquit, nec contraxit, & condictio de fructibus consumtis tantum est contra malæ fidei possessorem l. 3. C. de cond. ex L. nec officio judicis, quia id actione principali remota, cessat in iis, quæ accedunt. l. 8. l. ult. ff. de eo, quod cert. lo. Unde generaliter dicitur, de iis agi non posse. §. si quis a non domino. 35. Inst. h. t. * nullam earum rationem haberi. §. 2. vers. & si hereditas Inst. de off. jud. * bonæ fidei possessorem lucrari: d. l. 4. §. 2. Fin. Reg. d. lit. 40. in fin. de adq. rer. dom. Dissentiunt, qui naturales, etiam consumtos, volunt restitui, per l. 45. ff. de usur. ibi: sicut nec cujuslibet. Quam particulam, nec cujuslibet, pro universali negativa accipiunt. Perperam. Nec exemplum, que-

Licet sit factus locupletior.

que-

Explicatur perspicue l. 45. ff. de usur. contra VVissenbach.

quod in hanc rem producit Wissenbach. disp. 10. th. 27. id probat. Dicit eandem esse dictionem, atque illam Virgilii in Pharmaceutria: Non omnia possumus omnes. Quam putat esse universalem negativam, quasi dixisset; omnes non possumus, seu nemo nostrum potest omnia. Sed fallitur. Ita enim intelligendum: Non omnes, id est; quidam, pauci possunt omnia canendo referre. Eadem ratione, qua dicitur, non cuivis contingere adire Corinthum: id est, quibusdam paucis. Sic Cicero de divin. ait; Vita agenda est certo genere quodam, non quolibet. Ubi manifesto non quilibet, est quoddam certum. Et ita fere usus constans Latinitatis atque perpetuus. Nec aliter Baldvinus ad §. si quis a non. Inst. de R. D. quem perperam pro se allegat Ungepaur. Exerc. 5. qu. 12. in N. At quando Pomponius in l. 45. de usur dicit: Fructus naturales non fiunt conjugis donatarii: sicut (subaudi non fiunt,) cujuslibet B. F. possessoris, propositio haec est, Fructus naturales non fiunt cujuslibet possessoris. Quam si maxime facias universalem negantem, nihil tamen a nostra sententia alienum dices. Nam qui dicit: Omnes fructus naturales non fiunt cujuslibet B. F. P. id est, nulli fructus naturales fiunt cujuslibet B. F. P. Is utique nobiscum statuit, nullos fructus naturales fieri indifferenter, promiscue, indistincte B. F. P. Ergo quidam fiunt, quidam non fiunt. Quae nostra & Pomponii est sententia.

In judic. univers. pet. her. tenetur, b. f. poss. quat. factus locupletior ex fructibus consumtis; & quare?

** Secus est in judicio universali pet. hered. l. 25. §. 11. de pet. her. l. 1. C. eod. * Quia hereditas nomen juris est, l. 50. de pet. her. & universitatem denotat, l. 3. pr. & §. 1. de bon. poss. adeoq; facit, ut res hereditaria non tanquam species: sed veluti genera quadam functionem sui in aliis rebus recipiant. arg. l. 1. & 2. de reb. cred. Qua ratione bonae fidei possessor tenetur, quatenus factus locupletior ex fructibus consumtis. l. 25. §. 11. ff. de her. pet.*

AD THES. X.

ETSI FRUCTUS LOCUPLETIOR] Textibus obstantibus respondet itemm Struv. ex. 12. th. 23. & ibi in resolut. Contraria tamen opinio uti non solum aequior est, ita & in foro Saxon. observatur. vid. H. Piston. l. 4. qu. 25. & 26. Carpz. P. III. c. 32. d. 28. & 29.

PERPERAM] Nam vel in Logicis constat particulam: NON OMNIS aequipollere τῷ QVIDAM NON, & ita particulari negativae.

NON OMNES] Recte in resolutione loci Virgiliani Auctor verbum NON ad

OMNES

OMNES refert, non ad OMNIA, hoc enim vult ordo naturalis, ut ita resolvamus: *non omnes possumus omnia.*

ID EST QVIDAM PAUCI] Potius, uti dictum, secundum doctrinam Logicorum de æquipollentia, resolvendæ sunt hæ phrases in propositiones particulares negativas, quam in affirmativas (etsi plerumque in effectu parum intersit) Ergo ita explica: *Non omnes possunt omnia*, i. e. *Quidam non possunt omnia.*

ID EST QVIBUSDAM PAUCIS] Simpliciter secundum Logicam: *Quibusdam non contingit adire Corinthum.*

SIC CICERO] Locus Ciceronis huc non quadrat, in eo enim particula QVOLIBET non sumitur distributive, sed, ut Logici loquuntur, synecdochice *pro* INDETERMINATO.

PROPOSITIO HÆC EST;] Quæ æquipollet isti particulari negativæ: *Quidam b. f. possessor non acquirit fructus naturales.*

NIHIL TAMEN A NOSTRA] Imo si illa propositio explicetur per universalem negantem, erit omnino sensus alienus a mente Auctoris: non quidem, uti exponit Auctor; Nam dissentientes signum universale negans non præponunt voci: FRUCTUS, sed voci: POSSESSOR, & ita verba: *Sicuti nec cujuslibet b. f. possessoris fiunt fructus naturales*, resolvunt: *Nullius b. f. possessoris fiunt fructus naturales:* quo pacto uti hæc expositio menti Auctoris satis contradicit, ita latet in ea vitium Logicum, cum si hæc explicatio deberet obtinere, verba legis ita ponenda fuissent: *sicuti cujuslibet b. f. possessoris non fiunt fructus naturales.* Nam: OMNIS NON denuum significat NULLUS.

XI. Malæ fidei possessor nullos fructus facit suos: sed omnes restituere tenetur, non solum perceptos, & adhuc exstantes; sed & consumtos; imo & percipiendos, qui a petitore percipi potuerunt. *l. 62. §. 1. l. 33. h. t. l. 39. §. 1. de leg. 1. l. 10. §. 20. Quæ in fr. cred.* * *licet titulo possideat, non obstante. l. 17. C. de R. V. quæ ad certam speciem fructuum perceptorum scripta, ad negationem fructuum percipiendorum non recte extenditur. arg. l. 91. §. ult. & l. 39. §. 1. de leg. 1. Donell. 20. 5. Dn. Franz. d. comm.*

AD THES. XI.

A PETITORE PERCIPI] Sed honeste *l. 33. de R. V.* Inde non restituet m. f. possessor v. g. domino lenoni fructum, quos ipse ex lenocinio percipere poterat.

XII. Quod si mala fides ex post facto, ante vel post litem contestatem superveniat, omnes fructus ab eo tempore percepti, &

& percipiendi restituendi veniunt. *l. 48. §. 1. l. 23. §. 1. de A. R. D. l. Julianus, 37. de R. V.* si postea res fuerit evicta *l. qui scit. 25. §. ult. de usur. Kobl. Exerc. 22. Sed heres M. F. possessoris ante litem contestatam defuncti actione in factum fructuum consumtorum nomine tenetur in id, quod pervenit arg. l. 52. de R. V. Hillig. ad Don. 20. 3. 8. Ipse vero heres bonæ fidei utitur jure cujuslibet B. F. Possessoris. d. l. 48. de R. D.*

AD THES. XII.

QVOD SI MALA FIDES SUPERVENIAT] Quid si ex post facto de bona fide sua dubitare incipiat? Habebitur pro bonæ fidei possessore. Malæ fidei enim possessor est, qui scit rem esse alienam. Atqui dubitat, non scit. Conf. Struv. ex. 11. th. 15.

ACTIONE IN FACTUM] Scil. si & ipse heres sit in mala fide.

IPSE VERO HERES BONÆ FIDEI] i. e. Si ipse heres m. f. possessoris sit in bona fide. Vide Struv. ex. 11. th. 20. & ibi in resolut. ubi ad textus obstantes respondet.

Usuræ quid?

XIII. Usuræ, * *quæ nullo jure simpliciter prohibitæ,* sunt quantitatis, *l. unic. §. 7. vers. sin autem, ibi: usuras æstimationis. C. de R. uxor. act. l. 3. §. ult. ff. de usur. l. 58. §. 6. ad SCt. Treb. Id est, rei pondere, numero, vel mensura constantis,* accessiones *l. 12. C. de usur.* propter ejus usum solvendæ. Suntque *rejecta distinctione in lucratorias, compensatorias & punitorias,* vel (*connecte cum aph. 15.*) Usuræ in specie dictæ, quæ sunt accessio ad quantitatem *principaliter debitam.* Nam *usura usurarum* * *Gr.* ἀνατοκισμὸς *etsi in sortem redacta, illicita, l. 29. h. l. 28. C. eod. l. 26. §. 1. de cond. indeb. l. 3. C. de usur. rei jud. Nov. 13. Quamvis veteres fere hoc jure usos legamus, & usura quæ exacto anno non solveretur, sorti accederet. Casaub. in char. Theoph. p. 270. Sed Lucullus in Asia tulit, ut qui anatocismum committeret, & sortem & usuras amitteret. Plutarch. Lucul. c. 41.* ex quacunque etiam *alia* causa debitam, *l. 17. §. 4. l. 32. §. 2. ff. de usur. l. 2. C. de pos. t. t. C. de usur. & fruct. leg.*

AD THES. XIII.

NVLLO JVRE SIMPLICITER] Nam ad omnes objectiones, quæ ex ratione Juris naturalis, divini & Canonici, hinc inde desumuntur, fere una distinctione responderi potest inter usuras inordinatas, seu excedentes, & moderatas.

IN

IN LUCRATORIAS, COMPENSATORIAS ET PUNITORIAS] Quorum terminorum explicationem cape ex iis, quæ habet Struv. ex. 17. th. 45. Non immerito autem hanc distinctionem rejicit Auctor, quia secundum istam explicationem *Lucratoria* involvunt turpitudinem moralem: Nos autem hic tractamus usuras ut indifferentes: *Punitoriæ* vero sunt tales improprie, & ipsæ ad compensatorias commode referri possunt; quia & ibi compensatur usura cum usu. (imo quas Struvius punitorias vocat, eas aperte Eckolt h. t. §. 2. vocat compensatorias) Ergo solæ remanent *compensatoriæ.*

VEL USURÆ IN SPECIE SIC DICTÆ] Potius dic: Usuras vel considerari in genere, quatenus debentur ex quovis contractu, ut hic, vel in specie, quatenus debentur ex mutuo, ut §. 15.

XIV. Debentur autem vel ex pacto in continenti adjecto, *l. 2. & 4. C. h. t. l. 7. §. 5. de pact. l. 10. C. eod.* * *Non si ex intervallo.* In judiciis bonæ fidei *tam directis, quam contrariis*, & stricti juris. * *Excepto mutuo, in quo ex pacto usuræ non debentur, l. 11. §. 1. de reb. cred. nisi frumentum, vinum, oleum mutuo data sint, l. 23. C. h. t. aut fiscus, Civitas, l. 30. h. t. Argentarii pecuniam crediderint, Nov. 136. c. 4. Aut pecunia sit trajectitia, l. 5. §. 1. de naut. fœn.* * *Si tamen solutæ sint, repeti non possunt, nec in sortem putari, l. 3. C. h. per pignoris autem retentionem servari usuræ pacto promissæ queunt, si vel pignus in usuras tantum, vel in sortem & usuras, vel simpliciter obligatum est, l. 13. ff. qui pot. in pig. l. 8. §. ult. de pign. act. Quod si duntaxat in sortem pignus obligatum, ob usuras non tenebitur.* Vel stipulatione, *in omnibus bonæ fidei & S. I. judiciis, l. 24. de præsc. verb. l. 11. 12. h. t. l. 3. C. eod.* Vel mora *in bonæ fidei judiciis, & quæ his similia, legatis & fideicommissis, l. mora. 32. ff. de usur.* * *In strictis vero juris negotiis, ne quidem a tempore litis contestatæ, l. 1. C. de cond. ind. Contrarium servat passim fori praxis. Vide Sandium lib. 3. tit. 14. defin. 1. Christin. vol. 3. decis. 44. n. 2. & decis. 45. Dn. Carpz. 2. 30. 17.*

Usuræ debentur vel ex pacto vel stipulatione vel mora.

AD THES. XIV.

IN QUO EX PACTO] Etiam in continenti adjecto: nam de adjecto ex intervallo nullum est dubium, cum hoc revera nudum sit. Nudum autem pactum nunquam actionem producit (conf. supra *Dissert. 12. th. 5. & ibi* quæ notata) In mutuo igitur usuræ debentur, non nisi ex stipulatione. *l. 3. & 7. C. h. t. Nov. 136. c. 6.* Ceterum hodie solennitate stipulationis sublata semper usuræ ex pacto debentur.

NISI

NISI FRVMENTVM] Hoc casu enim debentur usuræ Jure Romano, si pacto in continenti adjecto sint promissæ *d. l. 11.* non si pacto nudo, aut ex intervallo adjecto, per dictam rationem. Nec obst. *d. l. 11. C. h. t. l. 30. ff. eod.* In illis enim vox *nudi pacti* non opponitur pacto adjecto, aut legitimo, sed opponitur stipulationi, & denotat pactum adjectum, *arg. d. Nov. 136. c. 4.*

SERVARI VSVRÆ PACTO PROMISSÆ] At pacti plane nulla fit mentio, nec in *l. 18. ff. qui pot. in pign.* nec in *l. 8. §. ult. de pign. act.* Videtur ergo veritas hujus assertionis aliunde esse deducenda, quia scil. in hoc tantum a regula communi exceptio facta est, quod usuræ citra stipulationem peti non possint *l. 3. C. de usur.* h. e. quod pactum mutuo in continenti adjectum non producat actionem. Producit tamen exceptionem *d. l. 3.* Ergo producet etiam hoc casu præsenti exceptionem.

VEL SIMPLICITER OBLIGATVM EST] Modo tamen usuræ promissæ sint.

QVOD SI DVNTAXAT IN SORTEM] Id est, etiamsi usuræ pacto promissæ sint. Quod & hodie obtinet. Quamvis enim hoc casu hodie passim usuras actione ex pacto petere, non tamen possum propterea pignus retinere, quia pignus in hunc finem non est obligatum.

L. I. C. DE COND. INDEB.] Hæc quidem lex non probat, quod probare debebat, sed dicit tantum, quod in condictione indebiti non præstetur interesse moræ, cujus tamen ratio specialis est, nec hodie quoad condictionem indebiti praxis Fori contrarium servat. *Vid. Carpzov. P. II. const. 30. def. 18.* Ergo ab aliis pro probatione hujus assertionis afferuntur *l. 3. C. de usuris l. 24. de præscript. verb.* in quibus dicitur, quod in mutuo debeantur non nisi ex stipulatione. *Vid. Carpzov. P. II. c. 30. d. 17. Adde Struv. ex. 27. th. 43. ibique in resolut. ubi respondet ad textus obstantes.*

Fœnus. XV. Vel fœnus, quod mutuo accedit, *quamvis interdum & sortem cum accessione notet. l. un. C. de iis qui ex off. quod adm. tonv. Et totum negocium fæneratorium. Vide Herald. contr. Salmas.* idque vel non nauticum seu mediterraneum, *quod ex quavis pecunia mutuaticia* vel nauticum, *seu mariticum, ἡ κατὰ θάλατταν ἐργασία, Demostheni, quod Menippus Cynicus & Zeno Philosophus exercuisse feruntur Diogeni Laertio, & Cato Censorius, teste Plutarcho, quod ex pecunia trajectitia, navigaturo credita, l. 32. de obl. & act. l. 1. de fæn. naut. ex stipulatione, interdum & pacto debetur, quæ periculo creditoris trans mare vehitur, l. 1. ff. h. t. Ideoque fœnus nauticum mixtum quid est, ex mutuo, & periculo averso, ut observat Grot. de I. Bell. 2. 12. 5. Solebat autem, a creditore servus mitti cum navigante. (præsertim si creditor totum periculum in se*

Est vel mediterraneum vel nauticum.

non

non suscepisset; v. g. Roma usque ad Salonam, portum Dalmatiæ, ut in specie l. pen. C. h. t.) prosequendæ pecuniæ nauticæ gratia, ut nave salva in portum delata, servus eam pecuniam exigeret cum usuris. Patet ex L. Rhodia de nautico fœnore, ubi in fine c. ult. ita: ὁ δὲ χρήςας τὰ χρήματα, συμπεμπέτω ἄνθρωπον, ὃς ἂν ἐπιχρέωνται. Leunclav. Iure Græco-Rom. part. 2. p. 267. n. 21. Id est; qui fœnus nauticum exercet, hominem, servum, una mittat, qui ipse quoque mutuo quasi datur. Vide Salmas. de M. U. p. 306. Ita Heros Stichi servus, cum Callimacho enavigavit, l. 122. §. 1. in f. de V. O. Quod si sua die ibi pecunia non solveretur, pœnam stipulabatur in dies singulos, quo tardius solveretur, pro operis servi, quibus carendum erat. De his operis est l. 4. §. 1. ff. h. t. Hæc stipulatio non debebat excedere finem & modum usuræ centesimæ; neque duplum sortis.

Centesima usura.

Debebat ergo modus usuræ esse, quot mensibus centesima sortis, id est, duodecim in centum, & cursus ejus sisti in altero tanto. Finge operas servi, quot mensibus tanti æstimatas, ut responderent sorti centum aureorum Rhenanorum. Ergo singulis mensibus centesima dabit singulos Rhenanos. Pœnam ergo in singulos dies non licebat stipulari ultra grossum & quidem ita ut post centum menses usuræ hæ quiescerent. Ratio, quia hæc stipulatio interponebatur discusso jam periculo; quo casu non licet ultra centesimas stipulari: l. 4. pr. h. Aliter Cujac. Pap. ad d. l. 4. quod non improbo. Frustra ergo emendat textum Salmas. de M. U. c. 8. p. 305. quod sine judicio probat Stypmannus de jur. mar. p. 4. pag. 36. Huic quidam adjiciunt & quasi nauticum, quando ad exemplum illius veri pecunia periculo Creditoris in solo quoque continenti est. Ejus exempla proponit Scævola in l. 5. h. t.

Exponitur l. 5. ff. de usur.

Quam legem intelligendo fecerunt, ut minus intelligatur, Interpretes. Dicit Scævola, non solum in trajectitia, sed quavis alia pecunia fœneraticia, periculi, quod creditor suscipiat, pretium, seu pensationem quandam & mercedem intercedere posse contra periculum amittendæ sortis, a creditore suscepta, si recepturus sit, quod dederis, & insuper aliquid præter pecuniam, hac lege, si non existat conditio, sive pœnalis illa sit, sive non sit. V. G. do tibi mutuo centum gratuito, hac conditione, ut eas Romam, & pœnam addo, si non ieris, quod debeas restituere, cum usuris

vis gravissimis. Hic pretium periculi promittitur sub pœna. Possum & periculi pretium stipulari sine pœna, si Athletæ mutuo dem centum, ut vincens cum usuris, victus nihil restituat. Perinde est igitur sive conditio pœnalis sit, sive non sit. Utrobique autem tum demum periculi pretium erit, si modo negotium in ALIAM speciem non cadat, quam mutui. In aliam, lego, quæ lectio vulgata, nec in ALEAM mutanda videtur. Quod si vero terminos mutui excedat, non videor periculum suscepisse, neque ejus aliquod pretium debebitur. Tales sunt conventiones istæ: Si dem pecuniam, ut manumittas Stichum, ut aliquid non facias, si non convaluero. Priora enim duo exempla pertinent ad Do ut facias, posterius est donatio mor. cau. ex quibus CONDICTIONES (ita pro conditiones) nasci solent, ob causam dati, vel sine causa, ad sortem repetendam. At ubi mutuum contrahitur, etiam in periculi pretium fœnus locum habet, & exemplis illustrat Scævola Athletæ & piscatoris, in quibus, ut in pecunia nautica est periculum naufragii, ita hic dubiæ & inanis piscationis & certaminis. Id ego in me recipio; contra naturam mutui. Igitur ob eam rem merito fœcundis rebus usuram posco. Secus atque in iis casibus, ex quibus condictiones nasci solent. Aliter Cujac. 9. O. 28. Hotom. 5. O. 12. Don. de nau. fœn p. 34. Molin. de usur. q. 3. n. 98. Bachov. Tr. 2. 3. 2. D. Salmas. de modo usur. c. 9.

AD THES. XV.

INTERDUM ET PACTO] Scilicet si contrahentibus placuerit per pactum usuras promittere. Nam quotiescunque placuerit, valebit pactum *l. 5. §. 2. Vid. thes. præced.*

ET QUASI NAUTICUM] Seu terrestre. Vide, quos allegat Struv. ex. 27. th. 47.

Centesimæ usuræ qu. permissæ.

XVI. Quantitas usurarum extrema, *ultra quam non licuit exigere*, fuit centesimarum, *quæ & legitimæ usuræ, l. 1. pr. ff. de usur. Quæ in centenos aureos quotannis reddebat duodenos, singulis mensibus singulos.* Permissa solum in pecunia trajectitia, *l. 26. §. 1. C. h.* Inque speciebus * *fungibilibus, Novell. 32. c. 1. Vid. Bacch. Treutl. th. 4. h. bis.* fœnori datis, *l. 26. C. h. Item cum quis post tempora rei judicatæ non solvit, c. 1. C. de usur. rei judic. Si tutor pecuniam alam in suos usus vertit, l. 54. ff. de admin. tutor. l. 38.*

de

de negot. gest. *Aut Magistratus municipii*, *d. l. 48.* *Imp. antichresi*, *ob incertitudinem fructuum*, *l. 17. C. h. t.* Illustribus trientes permissæ: *4. pro. cent.* Vilioribus semisses, *6. pro cent.* Mercatoribus besses, *8. pro cent. d. l. 26. C. h.* Servantur usuræ officio judicis, ex mora, in judiciis bonæ fidei, *l. qui per collusionem 49. §. 1. de Act. emt. l. 4. C. depos. l. 24. pr. l. 13. C. eod.* Petuntur *sorte soluta & principali obligatione extincta*, actione personali, *puta ex stipulatione vel contractu, cui pactum in continenti adjectum est.* Debeti autem desinunt, ubi quantitas earum sortem æquaverit. *l. si non sortem. 26. §. 1. de cond. ind. l. pen. C. h. t. Scilicet solvendæ: Non particulariter solutæ. l. usura. 10. C. de usur. Sed Justinian. Nov. 121. & 138. etiam solutas particulariter sisti hac meta voluit. Quam sententiam secutus est hactenus Scabinatus Lipsensis. Carpz. p. 2. Jurispr. consist. 30. def. 26. & praxi crimin. 2. q. 92. n. 42. At Facultas juridica ibidem distinguit, an creditor fuerit in mora exigendi, & ultra alterum tantum peti negat: An debitor in mora solvendi & ultra alterum tantum peti admittit. Dn. Finckelth. Obs. 40. Idem sentiunt & ICti Wittebər. & Scabinatus noster. Vide Dn. Carpz. affilo debit. c. 1. §. 23. n. 266.*

AD THES. XVI.

QVANTITAS VSVRARVM EXTREMA FVIT] Hodie non solum Jure Imperii Romano-Germanici, sed & moribus Saxonicis usuræ quincunces ordinariæ ac consuetudinariæ sunt, nec majores debentur, etiamsi promissæ fuerint, etiam inter mercatores, nisi consuetudo aliud introduxerit, etiamsi tutores pupillorum suorum pecuniam fœnori exponere neglexerint; & quod ultra quincunces usuras præstitum, id vel debitori restituendum, vel in sortem imputandum est per ea, quæ docet Carpzov. *P. II. c. 30. d. 1. 2. 3. & 4.* Quincunces autem usuræ ita moderatæ censentur, ut Creditor loco interesse absque ulla ejusdem probatione usuras quincunces petere valeat, cum hac tamen limitatione, ut si usurarum quincuncium interesse non sit contentus, majus interesse (etiamsi promissæ saltem sint quincunces usuræ) petere valeat, modo id probare possit. Nam si in probatione majoris interesse succumbat, nec ad usuras quincunces poterit reverti. Carpz. *d. l. def. 8. 9. 10. & 11.* Denique, Jure Saxon. Electorali illud adhuc notandum, quod speciali mandato Electorali *de dato 30. Augusti 1671.* constitutum sit, ut, si piis causis semisses expresse promissæ sint, eæ usque ad annum 1661. juste peti queant, post

dictum verò annum 61. non amplius peti debeant, sed saltem si debitor errore inductus easdem solverit, per condictionem indebiti non possint repeti &c. Vid. *dict. Mandat. in Append. Juris Saxonici fol. 13.*

SPECIEBUS FUNGIBILIBUS] Non omnibus: Nam & pecunia est species fungibilis, sed in speciebus annonariis seu frugibus *d. Nov. 32. c. 1.* (quam perspicue exponit Rittershus. *P. III. c. 10. n. 3. seqq.*) quæ nomine specierum simpliciter veniunt *l. 26. §. 1. C. de usuris.*

VEL CONTRACTU] Hodie etiamsi pacto nudo promissæ sint, condictione moribus.

FACULTAS JURIDICA IBIDEM DISTINGUIT] Cujus distinctionem approbavit Serenissimus *decisione novissima 40.*

XVII. Id quod interest, *vel significat largius, præter id, quod nostra specialiter interest ipsius rei seu facti pretium æstimationemve, una cum fructibus ac usuris, l. 33. ff. ad L. Aquil. l. ult. ff. de stipul. prætor. l. 38. §. 17. π. de verbor. obl. in qua significatione sumitur in casibus incertis, l. 80. pr. π. de furt. l. ult. π. de stipul. præt. Vel strictius & proprie emergentis damni & cessantis lucri compensationem, quæ a vero rei pretio est diversa, & ex utilitate singulorum vel intenditur, vel remittitur, l. 1. ff. de act. emt. Quo differt a pretio, quod non ex utilitate singulorum, sed communiter æstimatur, l. 62. in fin. & l. 63. π. ad L. Falcid.* Et est quantitas, *quia omne quod interest, pecuniariter interest,* in compensationem utilitatis, *omnis, modo circa rem ipsam consistat, seu suæ existentiæ causam unice ex re vel facto habeat, quod apparet, si & cetera sit ex re vel facto, ut hereditas, obventum per servum. l. 23. π. ad L. Aquil. & rei seu facti propria. Ergo non attenditur illa commoditas, quæ in potentia remota & spe. E. g. in l. 29. §. 3. ad L. Aquil. vel certe quidem haberi poterat: sed non minus aliunde, quam ex re vel facto præsenti. E. g. in l. 21. §. 3. π. de act. emt.* injuria, *mora, culpa, dolo, contumacia,* alterius per damnum datum, vel lucrum interceptum, *quæ proxima ejus quod interest causa. l. 13. ff. rem rat. hab. l. 23. pr. & l. 35. π. ad L. Aquil. Ut vero utile nobis quidpiam sit, non solum oportet, ut nihil de nostro decedat, sed & ut, quod licite lucrari possimus, accedat, l. 2. in fin. ff. de eo quod cert. loc. l. 13. π. rem rat. hab. l. 3. §. 3. π. de act. emt. l. 35. π. ad. L. Aquil. Exempla habe in l. 22. 23. 51. §. 2. π. ad L. Aquil. l. 28. 29. π. de damn. inf.* nobis ereptæ, officio judicis æstimanda.

Id quod interest differt a pretio.

Id quod interest quid sit.

AD

AD THES. XVII.

E. G. IN L. XXIX. §. III. AD L. AQUIL.] Ubi æstimatio damni sit in retibus, non in piscibus, qui per retia capi poterant.

E. G. IN L. XXI. §. III. ff. DE ACT. EMT.] Si triticum venditum, & venditor in mora fuerit, interesse tritici præstandum, non servorum, occasione ejus moræ famenecatorum.

XVIII. Estque unicum nec in species *singulare, commune & compositum*, divisibile, quia non nisi specialiter interest, ut tamen id non ex speciali *& tenera nimis opinione petentis, ex qua nemo locupletior, d. l. 33. ad L. Aquil.* imaginariaque adfectione, *l. 33. π. ad L. Aquil.* sed rei veritate ponderetur, *quatenus nobis pecuniariter a nostro patrimonio; seu revera non opinione nostra abest, l. 5. §. 7. π. quod vi aut clam. l. 13. ff. rem rat. hab. l. 13. l. 19. π. ad exhib. Neque officiunt textus in hanc rem objecti: qui nihil nisi actionem concedunt adfectioni; propterea quod interest; non tamen ad id quod ex adfectu interest. l. 8. §. 6. Mand. sive actionem concedunt, condemnationem tamen augent.*

Id quod interest non habet species.

XIX. Venit id jure actionis, *sive partium conventione, (quæ tamen accidentalis conventio non constituit proinus certam ejus, quod interest; speciem, neque addit pœnam obligationi. Illa enim certa est, §. ult. Instit. de verbor. oblig. l. ult. ff. de præt. stipul. sed hoc tamen operatur, ut ipso jure actionis peti possit) vel ipso jure deducatur in obligationem, vel in locum ejus, quod petitur, principaliter subrogetur. Similiter & in casibus incertis.* Exceptis casibus certis in quibus & debitum principale & accessoria damna simul petuntur, ubi, si in obligatione principali nulla horum facta mentio; interesse judicis officio debetur, *ut in actionibus arbitrariis, l. 2. §. ult. l. 3. π. de eo quod cert. loc. In actionibus bonæ fidei, quando usuræ ex mora petuntur, in impensis in litem factis.*

Id venit jure actionis.

XX. Æstimatur id, quod interest *per judicis sententiam, vel actoris jurejurando, ob contumaciam rei, quod jusjurandum in litem dicitur, quo de infra diss. 27. aph. 13. judicis sententia ex l. un. C. de sent. quæ pro eo.* ita; Aut casus *id est, lis, seu quæstio, in judicium deducta* certam habet quantitatem, *ut habent res fungibiles, ex nu-*

Id quod interest æstimetur, vel judicis sententia vel actoris jurejurando.

Quid in l. unic. C. de sent. quæ pro eo per casum intelligitur. In casibus certis interesse dupli quantitatem non excedit per d. L. unic. Casus certi quinam?

mero, pondere, vel mensura, quibus constant l. 6. de reb. cred. l. 74. de V. O. vel naturam,* *certam, ut corpora & species seu individua, domus, Stichus.* Et interesse dupl. quantitatem,* *cui simplum inest, seu simplum & ejus alterum tantum, arg. l. 4. §. 11. ff. vi bon. rapt. l. 50. de furt.* * *Conventi quidem, si de pretio conventum: Communis, vero, si nihil conventum,* non excedat. *Simplum ergo est, quod ex ipsa obligatione debetur, ut est v. g. res vendita, fundus, & pretium, quo res est vendita, l. Titius in f. 43. de A. E. l. fundo. 31. & l. si in venditione. 60. ff. de evict. Quod si res vendita sit pluris vel minoris, quam justi pretii dimidium. Simplum non ex eo pretio, quo venire debuit, sed quo res venit æstimandum. Gipban. ad l. un. C. de sent. quæ pro eo.*

Secus est in casibus incertis.

XXI. Aut casus incerti sunt, qui nec certam quantitatem, nec naturam continent, *seu, quorum simplum incertum est, ut neque ex singulari conventione, neque ex communi hominum usu, certitudo vel modus queat desumi, ut sunt obligationes facti, interdicta omnia, v. g. restitutio operis vi aut clam facti l. semper 15. §. in hoc. ff. Quod vi aut clam. Causa possessionis, l. 1. §. 1. de adq. poss. delicta;* Et judex inquirere debet, ut hoc damnum, quod re vera illatum est resarciatur. *Adeo, ut licet decuplo debito principali sit major, nihilominus totum præstandum sit, ut in l. Julianus 7. de act. emt. l. 12. 7. ad L. Aquil.*

AD THES. XXI.

ET IN L. JULIANUS] Si ædes tigni vitio corruerunt, ædium æstimatio præstanda *d. l. 13. de act. emt.* Si proprietarius servum usufructuarium vulneraverit, debet restituere fructus & commoditates, qui ex servo, si non fuisset vulneratus, percipi poterant *d. l. 12. ad L. Aquil.*

Pœna h. l. quid?

XXII. Pœna *proprie sic dicta* (*nam in larga significatione denotat, quicquid ultra rem principalem exigitur, ut ita usuram, l. lecta ff. de rebus cred. Et id quod interest, l. ult. ff. quod cert. loc. comprehendat*) est certa quantitas vel species, si contra, quam cautum est, factum sit, promissa, *l. 4. §. Cato. ff. de verbor. obl. l. 23. ff. de obl. & act. l. 12. C. de contr. & comm. stipul.* * *Præstanda, etsi sit ultra duplum, l. 38. §. 17. ff. de verbor. oblig.* * *Non tamen ultra quadruplum. §. omnes 21. Instit. de Act. l. 56. de Evict.* * *Et si per debitorem*

non

non steterit, pœna non committitur, l. 23. de obl. & act. l. 3. ... de L. commiss.

AD THES. XXII.

NON TAMEN ULTRA QUADRUPLUM] Hoc quidem per allegatos textus non probatur & potius ex *d. l. 38. §. 17. ff. de V. O.* contrarium patet, quia in stipulationibus pœnalibus non spectamus id, quod interest, sed saltem quantitatem pœnæ loco promissam. Non obstat §. 21. *Inst. de act.* Aliud enim est pœnæ loco promittere ultra quadruplum promissionis prioris, aliud; actionem institui non nisi in quadruplum. Nam si ultra quadruplum promissum est, id petitur postea ut simplum. Stipulatio quippe pœnalis, non accessoria est, sed principalis, & sunt duæ quasi stipulationes. Quicquid autem ex stipulatione petitur, simplum est, tanquam ex actione rei persecutoria. Actiones enim in duplum, triplum &c. vel meræ pœnales sunt, vel mixtæ. Non obst. *l. 56. de Evict.* Ut enim taceam ibi non disponi, quod non liceat ultra quadruplum promittere, id quod evictionis nomine promittitur, promittitur ut interesse *arg. l. 1. & l. 37. de evict.* secus in stipulatione pœnali *d. l. 38. §. 17. de V. O.* Cæterum cum Auctore sentit Gottofred. *ad d. l. 56. de Evict.*

XXIII. Mora est solutionis expediendæ frustratoria dilatio, *ex parte Creditoris in non recipiendo, ex debitoris in non offerendo debito consistens, l. 37. ff. mand. Hæc sua natura non est quid conditionatum, ut vult A. Fab. de error. prag. Dec. 22. Err. 5. Nam si debitor solutionem petitam congruo loco & tempore non faciat, non hæc est conditio moræ adventitia: sed ipsius moræ natura. Vide Tacon. a Glint. tr. de mora. aph. 4. n. 2.* Atque vel regularis, quam interpellatio introducit, *l. 32. pr. l. 23. de verbor. oblig. sive* in judicio litis contestatione, *l. 1. & 2. C. de usur. & fruct. leg.* sive extra judicium, tum expresse, quando Creditor, *vel alius ejus nomine* debitorem, *opportuno loco & tempore, l. 39. ff. de solut.* interpellat, *testato l. 6. juncta l. 9. ff. de usur. l. 5. §. fin. ff. pro derelic. Cujac. tr. 8. ad Afri. l. 27. de usur. sive id semel, l. 32. de pr. de usuris. l. 23. §. 1. de leg. 2. l. illud. 17. ff. de per. & com. rei vend. l. cum filius fam. 49. §. ult. ff. de verbor. obl. Diss. Bachov. ad Treutl. sive pluris faciat. Adeo autem interpellatio necessaria est, * ut nec juramentum ejus vices supplere possit, Arum. de Mora c. 4. n. 46.*

Mora quid?

Mora est vel regularis.

AD THES. XXIII.

SED IPSIUS MORÆ NATURA] Atqui & Faber [secundum relationem Auctoris] statuit conditionem esse de natura moræ. Quod ergo Auctor antea negaverat, sic concedit. Verba Fabri *d. l.* *Quia mora omnis [natura sua] conditionem admixtam habet, nec nisi per conditionem, aut, si mavis sub conditione vel contrahitur, vel impeditur.*

SIVE ID SEMEL] Cum Auctore facit Strub. *ex. 27. th. 6.* Eckolt. *h. t. §. 5.* Et quamvis in textibus Auctoris citatis non formaliter dicatur, sufficere interpellationem semel factam, sufficit tamen, quod iidem de interpellatione simpliciter loquantur, ut ob id etiam merito de uno interpellationis actu intelligantur, quia vel una interpellatio est interpellatio, nec usquam leges civiles interpellationem ad pluries factam restringunt. Nec juvant Bachovium & cumeo dissentientes (1.) *l. 32. §. 1. de usuris.* Hic enim is continetur casus: quod si quis debitorem ipsum (etiam semel) interpellaverit, & postea cum is debitor in judicio sui copiam faceret debiti repetendi instantiam omitteret, h. e. ut recte glossa ibidem explicat, *si debitori dilationem concedat.* *Nec enim*, inquit glossa, *exigitur, ut semper insistat & non desinat petere*) tunc per debitorem non intelligi moram esse factam (scil. cum effectu, quia dilatio concessa eum a mora liberat) (2.) *l. 38. §. 1. de minor. l. 122. §. 3. de V. O.* Nam ibi quidem quæstiones & casus proponuntur de interpellatione sæpius facta, non autem definitur, quod sæpius fieri debeat (3.) quod una & simplex oblatio creditorem in mora non constituat *l. 122. §. pen. de V. O.* ergo nec una interpellatio debitorem. Respondeo: nego consequentiam: Creditoris enim ideo melior est conditio, utpote qui beneficium dedit, quam debitoris, qui illud accepit. Accedit, quod mora debitoris quandoque committitur sine ulla interpellatione hominis, de qua *thes. seq.* Creditoris vero nunquam sine facto hominis contingit. Adde omnino Eckolt. *d. l.* qui tamen in eo fallitur, quod putat in *l. 72. pr. de solut. l. 17. de peric. & comm. rei vend. l. 16. ad L. Jul. de adult.* cum emphasi dici, quod interpellationem SEMEL intervenisse sufficiat. Etenim si hoc in ullo juris textu diceretur, quid opus esset disputatione? In *d. l. 72. pr. de solut.* adhibetur quidem particula ALIQVANDO, sed hæc τῷ SEMEL non equipollet. Ergo maneamus potius in ratione initio adducta.

ET NEC JURAMENTUM EJUS VICES SUPPLERE POSSIT] Scilicet communiter DD. statuunt, eum, qui juramento aliquid promisit, committere moram ipso re, etiamsi non interpellatus sit. Vid. Menoch. *arbitr. jud. quæst. 120. n. 21.* quam sententiam hic rejicit Auctor, & recte. Nam juramentum non est modus augendæ, vel contrahendæ obligationis *l. si quis 17. de fide juss.* sed accessorium quiddam *l. fin. C. de non num. pec.*

Ideir-

Idcirco imitatur naturam sui principalis, in quo ad constituendum in mora promissorem interpellatio necessario requiritur *l. 23. de V. O.* Hinc neque vasallus, quia jurato servitia promittit *1. F. 7.* ultius moræ reus est, si servitia debita ultro non offert, sed expectat, donec a domino petantur *2. F. 18. §. licet.* Facit *c. brevi 17. X. de jurejur.* ubi promissor juratus tum demum moram fecisse dicitur, si ad implementum promissionis requisitus sit. Porro juramento comparetur geminata promissio, *gloss. in cap. cum contingit juxta de jurej.* quam tantæ etiam efficaciæ putarunt, ut absque interpellatione moram eam producere statuerent. Perperam. Nam sequeretur hoc absurdum, obligationem & moram uno & eodem tempore & ex uno eodemque pacto provenire contra *l. 105. ff. de solut.* Conf. Arum. *de mora cap. 4. n. 47.*

XXIV. Tum tacite, quando in obligationibus in diem contractis, dies pro homine interpellat, *l 12. C. de contr. stipul.** *& debitorem ipso jure in mora constituit, l. pecuniæ. 9. §. usuræ usurarum. ff. de usur. l. magnam. 12. C. de contr. & comm. stipul.* *Imprimis l. si fundum. 114. ff. de verb. obl.* Secus atque in conditionalibus obligationibus, in quibus non conditionis existentia, sed interpellatio subsecuta moram inducit. Vid. Arum. de Mor. §. 17.* Vel irregularis, quæ sine interpellatione, re ipsa & ex solo tempore, quo tardius solutum committitur.* *idque non nisi solo favore libertatis. l. 26. §. 1. ff. de fideicomm. libert.* *Et minoris ætatis, l. si quid. 3. §. 1. ff. de adim. leg. l. minorum. 3. C. in quibus causis in int. restit. non est nec.* Non vero in casu fructuum perceptorum, vel propter præsumtum pecuniæ usum, ut vult Bacch.* Irregularis.

AD THES. XXIV.

IPSO JURE IN MORA] Non obst. *l. 31. pr. h. t. l. 23. de V. O. l. 135. §. 2. in fin. eod.* Vid. Struv. *exerc. 27. th. 68. ibique in resolut.*

SECUS ATQUE IN CONDITIONALIBUS] Arg. *l. 44. quando dies legat.* Non obst. *l. 18. pr. h. l. 50. de V. O.* Vid. Struv. *d. l.*

SINE INTERPELLATIONE RE IPSA ET EX SOLO TEMPORE] Atqui illa mora, quæ die stipulationi adjecto adveniente committitur, etiam contingit re ipsa & ex solo tempore sine interpellatione (quamvis Auctor hic fingat interpellationem tacitam, sed impropriam cum mora illa communiter in legibus interpellationi opponatur) Dic ergo: quod mora committatur vel regulariter per interpellationem, vel irregulariter & quidem vel in genere per diei adventum, vel in specie, casibus hic expressis, quibus adde alios apud Struv. *d. l.*

Effectus moræ est vel ratione debitoris.

XXV. Effectus moræ est vel ratione debitoris, ut obligationem perpetuet, *l. 91. §. 3. de verb. oblig. ut hereditario jure ad heredes transeat, sive moram quis fecit, sive passus sit, l. 17. π. de usur.* omnem rei casum in debitorem transferat, *ut re pereunte perinde teneatur, ac si res adhuc extaret, l. 5. si cert. pet. l. 23. 24. 117. de verb. oblig.* Fructuum præstationem *in bonæ fidei judiciis* (* *Ut & legatis & fideicomm. l. cum servus. §. fructus. l. si quis. 23 l. 39. l. quæsitum. 91. ff. de leg. 1. Quia bonæ fidei judiciis assimilantur, l. 3. C. in quib. caus. in integr. rest. nec. non est.*) *illico: In strictis vero post litis contestationem, l. 2. l. 17. §. ex locato. l. 38. §. si actionem. l. mora. §. in bona fid. π. de usur.* Et usurarum, *l. usuræ 34. de usur. l. mora §. in bona fid. π. eod. Vide aph. 8.* ejusque quod interest, inducat, *l. 8. ff. de eo quod cert. loc.* Vel creditoris, *si debitum opportuno loco & tempore accipere recuset*, quod res ipsius periculo esse incipiat, *l. sed et si de const. pec. arg. l. 122. de verb. obl. l. 9. sol. mat. l. 17. de per. & com. rei vend.*

Vel creditoris.

Purgatur mora vel facto debitoris.

XXVI. Purgatur *proprie* mora *commissa, vel facto debitoris, re integra, si effectus moræ imperfectus est, & adhuc metuitur, veluti periculum interitus rei, jus agendi ad pœnam vel interesse*, oblatione *debiti: In obligatione quidem dandi, ut debitor se liberet a periculo rei postea contingentis. In obligatione faciendi, ut se liberet a necessitate præstandi ejus, quod interest usque ad litis contestationem. Quia in his obligationibus effectus moræ, ut post eam jus agendi ad interesse competat, imperfectus est, donec lis sit contestata.* opportuna, *l. 122. de verb. obligat.* (* *In qua incongruo loco facta solutio. Recte autem legitur: per tres menses, non, post. Id est, intra, seu durantibus.*) In obligationibus puris. *Sin effectus moræ est perfectus, nempe usuræ jam tum ex mora commissa debitæ fructusve præstandi, purgari potest, usque dum lis sit contesta. l. 48. de verb. obl. Et hæc est improprie dicta purgatio. Quia proprie non nisi præterita purgantur. Et rectius quoad sequuturam usurarum & fructuum præstationem diceretur mora inhiberi, quam purgari.* Sive pœnam subjectam habeant *sine die. Nam & tum mora purgari potest, usque ad litem contestatam, [redacted] oblatione ejus, quod ex principali obligatione de-*

debetur, pœna evitari possit, l. 1. pr. de pen. leg. l. Celsus. 23. in fin. pr. ff. de recept. qui arb. Sive diem sine pœna Vide Treutl. Secus si diem & pœnam habeat, ubi purgari non potest. l. 23. de obl. & act. l. magnam. 11. C. de contr. stip. d. l. Celsus. de rec. arb. l. 1. §. quid ergo ff. de pen. leg. A qua sententia Ultramontani recesserunt. Vide Saport. de mora c. 4. n. 134.*

AD THES. XXVI.

ID EST INTRA] Aliter explicat Gottofred. *ad d. l. [illegible] pr. Per tres menses, i. e. tribus pensionibus l. 11. de usur. l. 40. de reb. cred.* Sed ut taceam dictas leges diversas a *d. l.* 122. locutiones continere, insuper Auctoris explicatio ideo placet, quia debitor *in longinqua provincia* promiserat solvere, cujus gratia spatium trimestre erat adjectum, ut debitor intra illud institori suo, quem forte in ista provincia habebat, posset rem notificare.

XXVII. Vel *facto creditoris* novatione, si eandem rem a debitore novandi animo pure stipulatus est *l. parvi. ff. de cond. furt. Quia per novationem principali obligatione sublata, conjuncta quoque ei tollitur. Nisi stipulatio fuerit conditionalis, tunc enim re absente, etiamsi conditio extiterit, mora non extinguitur, l. si rem. 31. ff. de Nov.* Vel remissione, *si pactus, ne ob moram teneatur debitor, l. sancimus. §. sin autem. C. de fidej. Ubi quoad periculum rei debitor plene & de futuro liberatur, l. 8. pr. de Nov. Sed usuras tamen & fructus non nisi futuros tollit hæc remissio. Non præteritos. An præceptum judicis de non solvendo liberet debitorem ab usuris dissentiunt JCti Acad. Lips. & Scabinatus ibidem invicem. Illi negant. Finckelth. obs. 19. Hi affir. Dn. Carpz. 2. 31. 24. Elector Saxoniæ decidit, quod aliter non liberetur debitor a cursu usurarum, quam si judicialiter deponat debitum, vel offerat in judicio, & obsignari faciat. decis. 27. Ut & in hac quæstione, an rescriptum moratorium sistat usurarum cursum? Adfirmantibus illis. Finckelth. O. 47. Neg. hic Dn. Carpz. Jurispr. 2. 30. 46. Quibus cum convenit & Scabinatus noster. Dn. Richt. decis. par. 2. pag. 113. Et ita decidit Elector Saxoniæ, decis. 30. ita tamen, ut durantibus induciis exigi usuræ non possint.*

Vel facto creditoris, novatione.

Vel denique remissione.

AD THES. XXVII.

RE ABSENTE] Id est, si res debita pendente conditione interierit.

MORA NON EXTINGUITUR] Nec etiam novatio consistit, quia *quotiens quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tum demum, cum conditio extiterit. Et ideo si Stichus fuerit in obligatione, & pendente conditione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo conditio impletur*, verba sunt Ulpiani *l. 14. pr. de novat.* Ergo hoc casu; quia mora non extinguitur, instituo actionem, quam habiturus fuissem, si stipulatio novationis interposita non fuisset *arg. l. 72. §. 1. de solut.* Non obst. *d. l. 14. pr. de novat.* verbis: *Unde Marcellus: etsi post moram Stichus in conditionalem obligationem deductus sit, purgari moram, nec in sequentem deduci obligationem putat.* Hæc enim verba limitanda sunt secundum ductum verborum antecedentium & *l. 31. de novat.* ubi Stichus pendente conditione mortuus sit. Non obst. *d. l. 72. §. 1. de solut.* quæ loquitur aperte de eo casu, ubi is, qui in mora fuit antea, obtulit postea debitori Stichum, is vero noluit accipere, sed novandi animo Stichum sub conditione stipulatus est. Purgata ergo ibi fuit mora, non per stipulationem conditionalem, sed per oblationem.

Reditus annui.

XXVIII. *Paucis hic etiam agendum* de reditibus annuis *quos plurimi diversam speciem ab usuris aut fœnore ponunt sed te*nendum, quod vel venduntur illi *naturales* de certo fundo præstandi, & veram esse emtionem venditionem putamus, *non minus atque alterius alicujus rei incorporalis, quatenus non ipsæ pensiones, sed jus habendi venditur, cum pacto retrovendendi, quo debitor redituum, restituto pretio, reluere jus percipiendi reditus potest.* vel emitur pensio, *v. g. 5. annui floreni pro numeratis 100. ubi dans 100. est emtor, venditor, pensionem præstans.* Utrobique tria requirunt Doctores: I. Ut emtor redituum annuorum pretium venditori absque ulla facultate repetendi concedat. *c. 1. & 2. Extrav. de emt. & vend.* II. Ne emtio excedat vigesimam sortis partem, *quod tum fieri putatur, si pensiones per annos viginti sortem exæquant, adeoque pro centum quinque annua penduntur,* Reichs Absch. zu Augsp. *anno 1500. Item* zu Augsp. *Anno 1548. sub tit.* Von wucherlichen Contracten. III. Ut venditor *seu debitor* redituum possit pro lubitu se liberare a præstatione, *solvendo sortem, sive, ut rectius loquamur, ut debitor redituum jus percipiendi pensiones, translatum ad creditorem, repetere possit. Vide Dn. Franzk. Exerc. 3. q. 5. Et lib. 1. Resol. Lamb. Goris. ICtum optimum, advers. uall. 3. §. 2. c. 9. & seqq.*

Quænam requirantur ad emt. vendit. redituum annuorum.

AD

AD THES. XXIIX.

VERAM ESSE EMTIONEM] Recte, nam hic jus percipiendi reditum ex fundo hoc vel illo pro merce habetur, quod patientia domini fundi sive venditoris ab initio exactionem concedentis, quæ loco traditionis habetur, in emtorem transfertur, cujus virtute is non saltem singulis annis sequentibus reditum illum exigere, sed & a quocunque possessore fundi, cui jus illud annui reditus inhæret, actione reali, utili scil. confessoria vindicare potest ad exemplum servitutum, quæ & ipsæ per intervenientem venditionem ita constituuntur. Et hic dici solet a Doctoribus census realis. Vid. Frantzk. *exerc. 9. qu. 5. in append. p. m. 515. seq. & Resol. lib. 1. qu. 1. & 2.*

VEL EMITUR PENSIO] Qui census dici solet personalis, item pecuniarius *Struv. ex. 27. th. 58.* Hunc contractum non esse veram emtionem, docent ea, quæ habet Frantzk. *d. ex. 9. qu.* 5. tum quia hic pensio in pecunia consistens ejusdem substantiæ est cum sorte pretiove, & adeo mercis nomine venire non debet, quia merx non in pecunia, sed in cæteris rebus, quæ æstimationem per pecuniam recipiunt, subsistit, tum quia hic contractus non tendit ad translationem dominii, sed saltem personam censuarii obligatam habet, tum maxime ob rationem *ibidem n. 10.* appositam. Nec tamen videntur propterea hi annui reditus ad mutuum referendi esse, quia creditor hic sortem repetere nequit, quod tamen licet in mutuo (quæ objectio non tollitur, etiamsi dicas annuos hos reditus esse mutuum irregulare, quia adversarii hac responsione pro se utentur & dicent, rationes modo allatas facere etiam, quod annui reditus sint saltem emtio irregularis.) Accedit, quod annui reditus ab usuris distinguantur in *Nov. 160. c. 1.* quod argumentum non elidit distinctio nonnullorum inter differentiam absolutam & respectivam. Nam si annui reditus & usuræ essent unum ac idem, nec respectiva differentia locum haberet. Neque contra dictam Novellam facit aliquid censura Cujacii, putantis Tribonianum hanc Novellam, muneribus acceptis, in aliquorum gratiam confecisse, *vide Rittershus. P. III. c. 9. n. 17.* Nam hunc modum explicandi leges, genuina doctrina de interpretatione ignorat. Non obstat, quod contractus de annuis reditibus celebratus dicatur mutuum. *Reform. Polit. de ann. 1548. tit.* von wucherlichen Contracten §. Nachdem / *& de ann. 1577. tit.* von Erlaubung der Frucht §. hierauf setzen. Nam & ibidem etiam nominatur iste contractus venditio. Quemadmodum itaque contra eos, qui ex *dd. ll.* pro venditione argumentantur, responderi solet, distinguendum esse inter nudam appellationem & inter realem communicationem, ita eandem responsionem sumant, qui pro mutuo argumentantur. Patet igitur, quod contractus annuorum redituum personalium neque emtio vera sit, nec mutuum verum, sed de utroque participet, magis tamen ad naturam mutui accedat.

NE EMTIO EXCEDAT] Hoc maxime procedit in censu personali. At quomodo

modo in censu reali verum pretium indagandum sit, vide omnino apud *Franzk. l. 1. resol. qu. 2.*

DISSERTATIO XIX.

De

Privatis & quasi Delictis.

RESPONDENTE

JOH. ERNESTO à Schönleben / Nob. Misn.

APHORISMUS I.

Culpa. DE Obligationibus ex facto licito provenientibus egimus hactenus. Facta illicita, *quæ & incivilia. l. 2. 3. de extraord. cogn. l. 2. C. de furt. l. 3. in fin. C. de naut. fæn. l. 23. §. ult. de acq. poss. generali vocabulo* culpæ nomine veniunt. Culpa *enim generaliter accepta dolum & culpam in specie complectitur. Nam qui dolo fecit, utique in culpa est.* Strictius accepta, *dolo opponitur*, & est læsio alterius per imprudentiam facta, *quæ alias humanitus, evitare potuisset l. 213. §. 2. l. 72. pro soc. §. pen. Inst. quib. mod. re contr. obl. Et communiter vel faciendo, vel omittendo, si vel non attendo, ad id, quo attento, hoc vel illud non fecissem, vel non attendo ad id, quo attento, hoc aut illo abstinuissem.* Estque lata, levis * & levissima. *l. 47. §. culp. 5. de leg. 1. l. 31. §. culpam. 12. de ædil. edict. quemadmodum & Diligentiæ, cui culpa opponitur, tres gradus sunt; diligentia communis omnium hominum quæ omnibus hominibus innata est, ex communi sensu descendens: Cui opponitur culpa lata: 2. Diligentia propria contrahentis in rebus suis: Cui adversatur culpa levis: 3. Diligentia aliena, quam diligens paterfam. alius rebus suis adhibuisset. l. 47. §. 5. de leg. 1. l. 5. §. 2. ff. Commodat. l. in rebus. 17. pr. π. de jur. dot. l. sicut. 19. de pign.*

AD DISSERTAT. XIX.

AD THES. I.

CULPÆ NOMINE VENIUNT] Cum hic Synopsin Juris Romani tractemus, inquirendum erit, an in legibus culpa quandoque tam late accipitur, ut & de delictis dolosis prædicetur.

ET EST LÆSIO] Culpa ipsa non est læsio, sed causa læsionis. Commodius culpam

pam describit Struv. ex. 19. th. 15. quod sit omissio scientiæ & diligentiæ debitæ.

COMMUNITER VEL FACIENDO] Non obstat, quod omnis culpa in omissione diligentiæ debitæ consistat. Vid. Struv. d. l. th. 16.

QUEMADMODUM ET DILIGENTIÆ] Adde Struv. d. l. th. 17.

II. Lata culpa, *uti vocatur in l. cedere diem. 213. §. 2. l. lata 233. π. de V. S. l. 1. si mensor. fal. mo. l. 31. §. 2. ad L. Aq. l. 8. §. ultim. l. 29. pr. π. Mandat. l. 1. π. de Magist. conven. l. 11. seu penult. π. de incend. l. 22. § 3. ad SCt. Trebell. l. 7. π. ad L. Corn. de sicar. qua & magna negligentia. l. 226. de V. S. l. 1. §. is quoque 5. de O. & A. Et summa l. 9. §. sed facti. π. de J. & F. J. & Nimia. l. 213. §. ult. de verb. signif. Dissoluta ignoratio. l. 55. de Ædil. edict. dissoluta negligentia l. 29. pr. π. Mand. & Manifesta. l. 2. C. de arb. tut. Et gravior. l. 54. §. 2. de adq. rer. dom. Negligentia crassa. l. 6. π. de jur. & f. ign. Et remissior. l. 5. C. de per. tut. Et securitas nimia. l. 6. de J. E. F. I. Latior. l. 32. depos.* est non intelligere, id quod omnes intelligunt. *l. 213. fin. de V. S. l. 226. de V. S. ac proinde id non curare, quod omnes curare solent. Et hæc quidem sua natura a dolo differt, dolo tamen æquiparatur eique proxima est. l. 7. pr. ff. depos. prope fraudem accedit. l. impuberibus 7. §. si fraus. π. de susp. tut. Ut & dolus esse dicatur l. quod Nerva. ff. depos. l. 226. de V. S. repræsentatione scilicet & effectu. In contractibus veris & quasi, ut & quasi delictis quoque. arg. l. 5. §. 4. de O. & A. l. 2. C. de pœn. jud. mal. jud. l. 3. ad. L. Jul. repet. Sed in delictis veris videndum an civiliter agatur, & ad pœnam pecuniariam & tum dolo æquiparatur. l. 1. §. culpa enim. ff. si is qui test. lib. l. 1. §. is quoque π. de O. & A. §. 1. Inst. de obl. quæ. quas. ex del. l. 1. § 1. si mens. fal. mod. An vero criminaliter, maxime ad pœnam corporalem ubi secus. Quia hic dolus proprie dictus requiritur. l. 23. §. excipitur. de Ædil. ed. & in gravioribus pœnis severitas legum temperanda. arg. l. 11. de pœn. Dn. Tabor. par. Elem. p. 4. s. 1. thes. 6.* Culpa lata.

AD THES. II.

LATIOR] Bartolus equidem putat esse differentiam inter culpam latam & latiorem, sed refutatur cum aliis circa conceptum latæ culpæ aberrantibus, a Struv. d. l. th. 19.

EST NON INTELLIGERE] Exempla sunt in l. 30. §. 3. ad L. Aquil. l. 8. §. ult. l. 29.

l. 29. pr. mandat. l. 7. §. 1. de administrat. tut. l. 13. §. 12. de ædilit. edict. l. 13. § 3. locat. l. 7. ad L. Corn. de sicar. Struv. d. l. th. 20.

DOLO TAMEN ÆQUIPARATUR] Quæ hic Auctor de culpæ latæ æquiparatione cum dolo habet, ea omnium optime explicantur & illustrantur a *Struv. d. exerc. 19 th. 21. 22. conf. dicta supra ad th. ult. dissert. 5.*

Culpa levissima.

III. Levis est cum quis curam ac diligentiam non adhibet, quam hominum natura desiderat. *l. quod Nerva, 32. π. de pos. Falluntur enim Accursiani, qui hæc verba accipiunt de culpa lata. Hominum enim natura hoc loco eo modo usurpatur, pro humana diligentia modo, quousque illa pertingere potest. Jac. Godofr. ad l. 23. de R. J. p. 113. In rebus nempe suis. Unde eam diligentiam in alienis non adhibere, quam in suis, est levem culpam committere. l. 25. §. 16. fam. ercisc. l. 72. ff. pro soc. l. 24. §. 5. π. sol. matr. Et hæc culpæ nomine simpliciter prolato significatur. l. 5. §. 2. ff. Commod. l. 8. §. pen. π. de reb. auct. jud. poss. l. 9. §. 5 π. Eod. l. 5. §. 3. π. de in lit. jur. Culpa levissima, quæ opponitur diligentiæ alicuæ diligentissimi patrisfam. est, cum quis eam diligentiam non adhibet rebus alicujus, quam diligentissimus alius paterfam. suis adhibuisset. l. 3. π. de peric. & com. rei vend. l. 1. §. 4. π. de O. & A. §. 4. Inst. Quib. mod. re cont.*

AD THES. III.

LEVIS EST] Melius videtur eam describere Struv. *d. ex. 9. th. 23.* quando quis non facit aut declinat ea, quæ ipse, tanquam diligens paterfamilias, in rebus suis fecisset & declinasset.

FALLUNTUR ENIM ACCURSIANI] Varias *d. l. 32. de pos.* explicationes recenset Struv. *d. l. th. 25.* quarum tamen omnium optima videtur ea, quam addit ipse.

HÆC CULPÆ NOMINE SIMPLICITER PROLATO] Varia synonyma culpæ levis & significationes culpæ simpliciter positæ tradit idem Struv. *d. l. th. 26.*

CULPA LEVISSIMA] Confer iterum Struv. *th. 27. & 28.* Cæterum nota est opinio peculiaris Dn. Struvii circa doctrinam culpæ, quasi quoad effectum in materiis contractuum nulla sit inter culpam levem & levissimam differentia. *Conf. d. ex. 19. th. 41.* Notæ etiam sunt objectiones Cocceji aliorumque contra hanc opinionem. Nos uti sententiam Dn. Struvii non plane rejicimus, ita hujus controversiæ curatiorem enucleationem alii tempori reservamus.

Dolus.

IV. Sed dolus est omnis calliditas, fallacia, machinatio ad lædendum alterum adhibita *l. 1. §. 2. de dolo. l. 7. §. dolo malo ff.*

de

de pact. l. 79. & l. 152. de R. J. Et hic delictum verum constituit. Quod in genere est factum illicitum, quo alterius utilitas læditur. *L. 9. §. 5. de publ. & vectigal.* Estque vel verum & proprium, vel improprium & quasi delictum. §. 1. *Instit. de oblig. quæ quas. ex delict.* Verum vel privatum, *de civili potissimum actione agitur ab his, ad quos ea res pertinet.* vel publicum. Privati quatuor species recensentur *pr. Inst. de obligat. quæ ex quas. del.* ordinariæ: Furtum, rapina, damnum injuria datum, & injuria.

Verum delictum quid: Dolus delictum verum constituit.

AD THES. IV.

SED DOLUS] Dolus malus vel late sumitur pro quavis læsione alterius, etiam illa, quæ infertur per metum coactionem vel stricte, quatenus vim excludit, sed metum incussum includit, vel strictissime, quatenus & metui opponitur. Quam Auctor tradit definitionem, ea est doli strictissime accepti. Late acceptus, prout est hujus loci, definitur, quod sit læsio alterius facta ex proæresi, h. e. a sciente & volente. *Vid. omnino Strub. ex. 8. th. 23. 24. seqq. & exerc. 19. th. 14.*

CALLIDITAS, FALLACIA, MACHINATIO] Quæ voces a Dd. ita solent distingui. Calliditas est, quando falsum dico, Fallacia, quando verum taceo, machinatio, quando aliud facio, aliud sentio.

QVOD IN GENERE EST] Definitionem delicti in genere omnium optime tradit & explicat Struv. *ex. 48. th. 1. 3. & multis seqq.*

VEL PRIVATUM, VEL PUBLICUM] Quæ divisio non desumta est ab objecto, quasi illud delictum privatum sit, ubi immediate læditur privatus, illud publicum, ubi immediate respublica, sed ab effectu, quod delictum privatum producat actionem interesse privatum spectantem, publicum actionem, quæ tendit ad interesse publicum, prout ostendi *in philosophia juris §. 139. 140.* Adduntur communiter a Dd. hisce duabus speciebus adhuc aliæ delicti scilicet extraordinarii & popularis. *Vid. Dn. Strub. ex. 48. th. 11. 73. 115. & ex. 48. th. 11.* Sed delictum extraordinarium commode ad publicum, populare ad privatum referri potest, si ita procedas: Delictum publicum est vel in specie tale, in quod a peculiari lege publica certa pœna dictata est, vel extraordinarium, quod certa lege publica non notatur. Item delictum privatum est vel in specie tale, quando actio datur saltem læso, vel populare, quando actio datur cuivis ex populo. *Conf. Strub. dd. ll.*

ORDINARIÆ] Forte respexit Auctor hoc vocabulo ad actiones populares, quasi illæ coërceant delicta privata extraordinaria.

V. Furtum, *cujus etymon est §. 1. Inst. de obl. quæ ex del. Gell. l. N. A. 18.* est contrectatio, *hinc solo animo furtum non committitur.*

Furtum.

tur. l. 1. §. 1. ff. de furt. l. 52. §. 19. π. eod. Et qui animo furandi domum alienam ingreditur, nec tamen aliquid contrectat, furtum non committit. l. 21. §. 7. ff. h. tit. Sed extra ordinem punitur. l. 7. π. de extraord. crim. Si vero contrectat, licet loco non moveat, furti tenetur. l. 27. §. fin. ff. h. t. Ita qui rem furtivam celat. l. quicunque. 48. §. 1. π. h. t. Et qui re deposita, pignorata, commodata aliter, atque convenit, utitur. §. furtum 6. Inst. h. t. Sic si fur deprehensus occiderit, fregerit, effuderit, abjecerit rem alienam, furti tenetur. l. si quis 7. π. de furt. l. sive 10. π. de cond. furt. fraudulosa, *ideo si non dolo, sed quod putaret dominum consentire, rem alienam contrectaverit, furtum non facit. §. 7. Instit. de obl. quae quasi ex delict. (nisi forte dominus ideo sciens patiatur fieri contrectationem, ut in ipso facto furem deprehendat. §. 8. h. t. l. si quis. 20. C. de furt.) Non tamen qualiscunque praesumtio voluntatis domini sufficit: sed quae in quadam probabilitate, quam judex aestimabit, ex amicitia, familiaritate &c. consistit. Menoch. arb. jud. 14. cas. 273. n. 4. Idem est, si domino invito se contrectaturum putet, fuit autem volente, §. 8. Inst. d. t. l. 46. §. 2. l. 43. §. 5. Cui non obstat. l. 46. §. 8. ff. h. tit. Res tamen vitium contrahit, ut usucapi non possit, §. 12. Instit. de obl. quae ex delict.* lucrifaciendi gratia. *§. 1. Instit. d. tit. l. 1. §. 3. ff. de furt. Ergo qui libidinis causa ancillam alienam meretricem rapit, furtum non committit. l. 39. π. de furt. Secus si ancillam [illegible] l. 82. §. 2. π. eod. Non obstat l. 77. π. de furt. Quia ut furtum etiam sine animo perpetretur, id in his solum obtinet, quae accedunt rei principaliter contrectatae, nec propter se concupiscuntur, sed propter aliud. Distinguendum itaque inter id quod quis plane non concupiscit, cujus furtum non fit. Et quod non quidem principaliter & propter se, sed propter aliud & per consequentiam concupiscit, cujus fieri furtum, quia animus furandi, licet per consequentiam & hujus rei adest.* Vel ipsius rei *corporalis, incorporalis enim tangi nequit. pr. Instit. de rebus corp. & incorp. l. 75. π. de furt. Et mobilis. l. 25. π. de furt. l. 38. π. de usuc. §. 2. Instit. eod. Etiam minimae. §. 10. Instit. de R. D. [illegible] l. 1. §. 10. de conjung. cum emanc. lib. ej. Et si non in commercio ut liberi homines. §. 9. Instit. h. t. Reipublicae, sacrae, religiosae. Sed alienae*

Qui absque dolo rem alienam contrectat, furtum non facit.

Explic. l. 77. de furt.

l. 45.

l. 45. ff. h. t. Et quidem semper fit domino, non aliis, sive teneat, sive ejus voluntate alius habeat ex contractu, unde actio tantum fit in personam. Vel usus ejus, *ut si quis rem commodatam contra legem conventionis in alios usus convertat. §. 6. Instit. d. t. l. 5. §. 8. ff. commod. Si res commodatario surripiatur. §. 16. Inst.* possessionisve, *si creditori res pignori obligata surripiatur. l. 35. §. 2. ff. de pign. act. l. 22. pr. ff. d. t. sive a tertio, sive ab ipso debitore. Vide Fran. ab Amaya lib. 2. obs. c. 9. § 10. Inst. h. Qui actione furti, non liberatur, etiamsi ostendat se paratum esse solvere. l. 5. in. de bon. rapt. l. 12. ff. de serv. corrupt.*

AD THES. V.

FRAUDULOSA] Id est, quæ dolo malo & contra legem fit. Non enim omnis ablatio rei alienæ lucrifaciendi gratia invito domino facta furtum est. Nam non solum a furto eximitur, si debitori privato invito per manum militarem res, quas debet, auferantur, sed & si in statu, ubi judicia cessant, quis auctoritate privata debitori res suas, quas debet, aut æquivalentes auferret, quamvis invito, quamvis lucrifaciendi gratia; non aliam ob causam, quam quod non fraudulenter fiant hujusmodi ablationes, sed jure permittente vel naturali, vel etiam civili. Inde etiam facile dijudicari potest illa quæstio, an liceat in casu extremæ necessitatis esculenta auferre? Qui affirmant, communiter in definitione furti asylum quærunt. Grotius putat non esse hanc ablationem *rerum alienarum*, sed in casu necessitatis res iterum fieri communes. Alii Moralistarum dicunt, hanc ablationem non fieri *lucri faciendi gratia*; rursus alii *dominum* hic non esse jure *invitum*; quæ sententiæ vel a quæstionem negantibus solent referari, ita tamen non placet negantium opinio, quasi ejusmodi ablatio sit furtum, sed ob certas rationes pœna vel mitigari, vel etiam plane remitti debeat. *Conf. Dn. Strub. ex. 48. th. 15.* Videntur enim mihi esse contradictoria moralia; actum quendam esse criminosum, & tamen nequaquam esse puniendum, cum non infimum Juris naturæ præceptum sit, delicta esse punienda. Quid ergo? Furtum non esse arbitror ejusmodi ablationem, si modo fiat in EXTREMO necessitatis casu (qui an unquam dabilis sit, ab aliis in controversiam vocari solet?. Non frequenter eum dari concedo; dari posse puto, vel exemplo illius notæ historiæ, an fabulæ? quam de Sodomitarum erga peregrinos rigore aliquando me legisse memini;) Non quidem ob rationes jam allatas, sed quod non sit ablatio *fraudulosa*, sed auferens jure suo utatur. Hanc opinionem uti latius deducit Dn. Pufend. *in Opere de J. N. & G.* ita & de ea forte dicetur alibi.

CUI NON OBSTAT L. XLVI. §. VIII. ff. H. T.] Distinguendum enim inter furtum & inter actionem furti, seu inter furtum consideratum Theologice,

quatenus respectus habetur ad vitium actionis intrinsecum & inter furtum, consideratum Juridice, quatenus spectatur effectus furti in Jure civili.

SECUS SI ANCILLAM NON MERETRICEM] Sed quænam est ratio hujus legis, & differentia inter ancillam meretricem & non meretricem? Sane utraque est res aliena, utraque rapta est libidinis causa. Si ergo is, qui ancillam meretricem rapit libidinis causa, ideo actione furti non convenitur, quia non lucrifaciendi, sed libidinis causa rapuit *l. 39. de furt.* sane nec ille, qui ancillam non meretricem libidinis causa rapit. Si dicas eam esse differentiam, quod ancilla meretrix consensisse præsumatur ad [illegible] raptum, quæ præsumtio cessat in ancilla non meretrice, urgebo voluntatem aut nolutatem rerum ablatarum aut raptarum in criminibus differentiam non facere. Servus fugitivus sui ipsius furtum commisisse dicitur, etiamsi illud furtum ab instinctu proprio proveniat; Raptor est, qui virginem consentientem rapit. Sin ita respondeas, ancillas considerari sub qualitate, quam a destinatione domini habent, & ob id, qui destinatam quæstui meretricio ancillam aufert, non censeri facere furtum, sed contra facere dici, qui aufert non destinatam huic quæstui: Et licet enim ipse libidinem scopum habeat, tamen quia dominus destinatam alii fini habuit, & ita damnum directo infertur domino, ac perinde habetur, ac si animum lucrifaciendi habuisset inspecta destinatione domini, cui lucrum ablatum & interversum fuit [quæ est responsio Bachovii ad *Wesemb. h. t. n. 6. hic f.*] instabo, & illum, qui ancillam meretricem aufert, æque directo damnum inferre domino, qui interea, dum hæc ancilla meretrix a raptore celatur, si eadem rapta non fuisset, forte non contemnendum quæstum facere poterat. Deinde ratio *l. 39.* communiter & vere non ponitur in destinatione ancillæ, sed in eo, quod libidinis causa rapiatur. Denique nec destinatio rei ad certum usum ullum momentum in materia furti affert. Quis enim negabit furtum equi a domino ad equitationem destinati, æque committi ab eo, qui eum equitationis gratia, ac ab eo, qui v. g. vendendi in carpento causa aufert? aut quis renuet æque furem esse, qui aufert pecuniam ad rerum commercia destinatam, Ausgebegeld / ac illum, qui aufert pecuniam ad casus necessitatis reservatam Schatz-Geld? Forte igitur recurres ad *l. non omnium ff. de legibus*, & dices, distinctionem hanc inter ancillam meretricem & non meretricem sequendam esse quamvis duram, quia ita leges scriptæ sunt. Sed ingenuo Jurisprudentiæ Cultori omnia prius effugia tentanda sunt, antequam ad illud ignorantiæ asylum confugiat. Quapropter quamvis aliàs a correctionibus textuum abhorream, placet tamen hoc loco non sine causa altera Bachovii *d. l.* responsio, transposita negatione in *d. l. 82.* legendum esse: *ancillam meretricem non libidinis causa*, quam etiam sequitur Schulz. *ad d. tit. de furt. §. 2.* & ita nulla erit pugna inter *l. 39. & 82. §. 2. h. t.* An autem hæc responsio sit [illegible] mentem Pauli, alia est quæstio. Ego non ambigo. Conjecturæ meæ hanc in rem sunt sequentes. Lex *82. de furt.* desumta

sumta

sumta est ex *lib. 2. sententiarum Pauli.* Jam si fragmenta sententiarum Pauli evolvamus, deprehendimus *l. 2. tit. 31. §. 12.* [*p. m. 53. edit. Cujac. in annexis ad Cod. Theodos.*] hæc verba: *Qui meretricem libidinis causa rapuit & celavit, eum quoq; furti actione teneri placuit.* Quamvis autem alii hæc fragmenta corrigant, & secundum dictum *d. l. 39. de furt.* legant: *Qui non meretricem &c.* quod etiam faciendum monet Gotofred. *in not. ad d. l. 39. §. 2.* Mihi tamen contra videtur ad mentem Pauli *d. l. 82. §. 2. de furt.* corrigenda secundum dictum §. 12. *lib. 2 sentent. tit. 31.* ut ita negatione plane abjecta sensus prodeat iste: *Qui ancillam meretricem libidinis causa subripuerit, furti actione tenebitur, & si suppresserit, pœna legis Flaviæ coercebitur.* Non infrequens enim est, Paulum ab Ulpiano dissentire. *Conf. Eberlin. de orig. Juris cap. 31. p. m. 307.* & dissensionum harum, ni fallor, jam dum exempla non una habuimus. Clarius hoc evadet, si adspiciamus verba & rationes, Ulpiani *in d. l. 39. de furt.* VERUM EST, inquit, SI MERETRICEM ALIENAM ANCILLAM RAPUERIT QVIS, VEL CELAVERIT, FURTUM NON ESSE. Rationes dubitandi in contrarium sunt, quia abstulit rem alienam invito Domino fraudulenter, inde videtur furtum esse. *arg. l. 1. §. 3. de furt.* Et si quis saltem celaverit ancillam alienam meretricem, videtur furtum esse. Nam qui celat servum fugitivum, fur est *l. 1. pr. de fugitivis.* At Ulpianus his rationibus dubitandi non obstantibus, rationes decidendi pro negativa sua dat sequentes: NEC ENIM FACTUM QVÆRITUR, SED CAUSA FACIENDI, h. e. An aliquid furtum sit, nec ne, non solum considerandum est, an res invito domino ac dolo malo sit contrectata, sed ante omnia intentio auferentis ponderari debet, an abstulerit lucrifaciendi causa, annon, si prius, furtum est, si posterius, non est furtum. *arg. d. l. 1. § 3. h. t.* Inde si quis tabulas testamenti deleverit, ut lucrum inde sentiat, furtum est, si saltem ut damnum det, non furti, sed actione legis Aquiliæ tenebitur, sententia est ejusdem Ulpiani ex Pomponio *l. 41. §. 1. ad l. Aquil. adde l. 27 §. ult. de furt.* Ergo in præsenti casu idem esse putat Ulpianus: CAVSA AVTEM, ita pergit, FACIENDI LIBIDO FVIT NON FVRTVM, h. e. is qui ancillam meretricem rapit, aut celavit, non fecit id lucrifaciendi animo, [in quo consistit pars formalis furti] ut per ancillam ejusque æstimationem patrimonium aut bona sua augeret, vel operis ancillæ aliquid acquireret sibi, sed ut libidinem adimpleret suam. Hæc enim circumstantia spectat ad casum a Jureconsulto propositum, & in proposita quæstione subintelligenda est, ut sensus sit: *Si meretricem alienam ancillam rapuerit quis, vel celaverit* libidinis causa, *furtum non esse &c.* Quem sensum non tantum innuit vox *meretrix*, qua Ulpianus utitur in sensu reduplicativo, quod scil. quis ancillam meretricem, qua meretricem, i. e. ad adimplendam libidinem rapuerit, sed & volunt verba textus modo explicata. Nam poterit etiam quis ancillam alienam, quæ est meretrix [in sensu speci-

modo in censu reali verum pretium indagandum sit, vide omnino apud *Franck. l. 1. resol. qu. 2.*

DISSERTATIO XIX.

De *Privatis & quasi Delictis.*

RESPONDENTE

JOH. ERNESTO a Schönleben / Nob. Misn.

APHORISMUS I.

DE Obligationibus ex facto licito provenientibus egimus hactenus. Facta illicita, *quæ & incivilia. l. 2. 3. de extraord. cogn. l. 2. C. de furt. l. 3. in fin. C. de naut. fœn. l. 23. §. ult. de acq. poss. generali vocabulo* culpæ nomine veniunt. Culpa *enim generaliter accepta dolum & culpam in specie complectitur. Nam qui dolo fecit, utique in culpa est.* Strictius accepta, *dolo opponitur,* & est læsio alterius per imprudentiam facta, *quæ alias humanitus, evitare potuisset l. 213. §. 2. l. 72. pro soc. §. pen. Inst. quib. mod. re contr. obl. Et communiter vel faciendo, vel omittendo, si vel non attendo, ad id, quo attento, hoc vel illud non fecissem, vel non attendo ad id, quo attento, hoc aut illo abstinuissem.* Estque lata, levis* & levissima. *l. 47. §. culp. 5. de leg. 1. l. 31. §. culpam. 12. de ædil. edict. quemadmodum & Diligentia, cui culpa opponitur, tres gradus sunt; diligentia commmunis omnium hominum quæ omnibus hominibus innata est, ex communi sensu descendens: Cui opponitur culpa lata: 2. Diligentia propria contrahentis in rebus suis: Cui adversatur culpa levis: 3. Diligentia aliena, quam diligens paterfam. alius rebus suis adhibuisset. l. 47. §. 5. de leg. 1. l. 5. §. 2. ff. Commodat. l. in rebus. 17. pr. π. de jur. dot. l. sicut. 19. de pign.*

Culpa.

AD DISSERTAT. XIX.

AD THES. I.

CULPÆ NOMINE VENIUNT] Cum hic Synopsin Juris Romani tractemus, inquirendum erit, an in legibus culpa quandoque tam late accipiatur, ut & de delictis dolosis prædicetur.

ET EST LÆSIO] Culpa ipsa non est læsio, sed causa læsionis. Commodius culpam

Digitized by Google

pam describit Struv. ex. 19. th. 15. quod sit omissio scientiæ & diligentiæ debitæ.

COMMUNITER VEL FACIENDO] Non obstat, quod omnis culpa in omissione diligentiæ debitæ consistat. Vid. Struv. d. l. th. 16.

QVEMADMODUM ET DILIGENTIÆ] Adde Struv. d. l. th. 17.

II. Lata culpa, *uti vocatur in l. cedere diem. 213. §. 2. l. lata 233. π. de V. S. l. 1. si mensor. fal. mo. l. 31. §. 2. ad L. Aq. l. 8. §. ultim. l. 29. pr. π. Mandat. l. 1. π. de Magist. conven. l. 11. seu penult. π. de incend. l. 22. § 3. ad SCt. Trebell. l. 7. π. ad L. Corn. de sicar. qua & magna negligentia. l. 226. de V. S. l. 1. §. is quoque 5. de O. & A. Et summa l. 9. §. sed facti. π. de J. & F. J. & Nimia. l. 213. §. ult. de verb. signif. Dissoluta ignoratio. l. 55. de Ædil. edict. dissoluta negligentia l. 29. pr. π. Mand. & Manifesta. l. 2. C. de arb. tut. Et gravior. l. 54. §. 2. de adq. rer. dom. Negligentia crassa. l. 6. π. de jur. & f. ign. Et remissior. l. 5. C. de per. tut. Et securitas nimia. l. 6. de J. E. F. I. Latior. l. 32. depos.* est non intelligere, id quod omnes intelligunt. *l. 213. fin. de V. S. l. 226. de V. S. ac proinde id non curare, quod omnes curare solent. Et hæc quidem sua natura a dolo differt, dolo tamen æquiparatur eique proxima est. l. 7. pr. ff. depos. prope fraudem accedit. l. impuberibus 7. §. si fraus. π. de susp. tut. Ut & dolus esse dicatur l. quod Nerva. ff. depos. l. 226. de V. S. repræsentatione scilicet & effectu. In contractibus veris & quasi, ut & quasi delictis quoque. arg. l. 5. §. 4. de O. & A. l. 2. C. de pœn. jud. mal. jud. l. 3. ad. L. Jul. repet. Sed in delictis veris videndum an civiliter agatur, & ad pœnam pecuniariam & tum dolo æquiparatur. l. 1. §. culpa enim. ff. si is qui test. lib. l. 1. §. is quoque π. de O. & A. §. 1. Inst. de obl. quæ. quas. ex del. l. 1. § 1. si mens. fal. mod. An vero criminaliter, maxime ad pœnam corporalem ubi secus. Quia hic dolus proprie dictus requiritur. l. 23. §. excipitur. de Ædil. ed. & in gravioribus pœnis severitas legum temperanda. arg. l. 11. de pœn. Dn. Tabor. par. Elem. p. 4. f. 1. thes. 6.*

Culpa lata.

AD THES. II.

LATIOR] Bartolus equidem putat esse differentiam inter culpam latam & latiorem, sed refutantur cum aliis circa conceptum latæ culpæ aberrantibus, a Struv. d. l. th. 19.

EST NON INTELLIGERE] Exempla sunt *in l. 30. §. 3. ad L. Aquil. l. 8. §. ult. l. 29.*

l. 29. pr. mandat. l. 7. §. 2. de administrat. tut. l. 13. §. 12. de adilit. edict. l. 13. § 7. locat. l. 7. ad L. Corn. de sicar. Struv. *d. l. th. 20.*

DOLO TAMEN ÆQVIPARATUR] Quæ hic Auctor de culpæ latæ æquiparatione cum dolo habet, ea omnium optime explicantur & illustrantur a Struv. *d. exerc. 19. th. 21. m. conf. dicta supra ad th. ult. dissert. 5.*

Culpa levissima.

III. Levis est cum quis curam ac diligentiam non adhibet, quam hominum natura desiderat. *L. quod Nerva. 32. π. de pos. Falluntur enim Accursiani, qui hæc verba accipiunt de culpa lata. Hominum enim natura hoc loco eo modo usurpatur, pro humanæ diligentiæ modo, quousque illa pertingere potest. Jac. Godofr. ad l. 23. de R. J. p. 115. In rebus nempe suis. Unde eam diligentiam in alienis non adhibere, quam in suis, est levem culpam committere. l. 25. §. 16. fam. ercisc. l. 72. ff. pro soc. l. 24. §. 5. π. sol. matr. Et hæc culpæ nomine simpliciter prolato significatur. l. 5. §. 2. ff. Commod. l. 8. §. pen. π. de reb. auct. jud. poss. l. 9. §. 5. π. Eod. l. 5. §. 3. π. de in lit. jur. Culpa levissima, quæ opponitur diligentiæ alienæ diligentissimi patrisfam. est, cum quis eam diligentiam non adhibet rebus alicujus, quam diligentissimus alius paterfam. suis adhibuisset. l. 3. π. de peric. & com. rei vend. l. 1. §. 4. π. de O. & A. §. 4. Inst. Quib. mod. re cont.*

AD THES. III.

LEVIS EST] Melius videtur eam describere Struv. *d. ex. 9. th. 23.* quando quis non facit aut declinat ea, quæ ipse, tanquam diligens paterfamilias, in rebus suis fecisset & declinasset.

FALLUNTUR ENIM ACCURSIANI] Varias *d. l. 32. de pos.* explicationes recenset Struv. *d. l. th. 25.* quarum tamen omnium optima videtur ea, quam addit ipse.

HÆC CULPÆ NOMINE SIMPLICITER PROLATO] Varia synonyma culpæ levis & significationes culpæ simpliciter positæ tradit idem Struv. *d. l. th. 14.*

CULPA LEVISSIMA] Confer iterum Struv. *th. 27. & 28.* Ceterum nota est opinio peculiaris Dn. Struvii circa doctrinam culpæ, quasi quoad effectum in materiis contractuum nulla sit inter culpam levem & levissimam differentia. *Conf. d. ex. 19. th. 41.* Notæ etiam sunt objectiones Cocceji aliorumque contra hanc opinionem. Nos uti sententiam Dn. Struvii non plane rejicimus, ita hujus controversiæ curatiorem enucleationem alii tempori reservamus.

Dolus.

IV. Sed dolus est omnis calliditas, fallacia, machinatio ad lædendum alterum adhibita *l. 1. §. 2. de dolo. l. 7. §. dolo malo ff.*

de

de pact. l. 79. & l. 151. de R. J. Et hic delictum verum constituit. Quod in genere est factum illicitum, quo alterius utilitas læditur. *l. 9. §. 5. de publ. & vectigal.* Estque vel verum & proprium, vel improprium & quasi delictum. *§. 1. Instit. de oblig. quæ quas. ex delict.* Verum vel privatum, *de civili potissimum actione agitur ab his, ad quos ea res pertinet.* vel publicum. Privati quatuor species recensentur *pr. Inst. de obligat. quæ ex quas. del.* ordinariæ: Furtum, rapina, damnum injuria datum, & injuria.

Verum delictum quid? Dolus delictum verum constituit.

AD THES. IV.

SED DOLUS] Dolus malus vel late sumitur pro quavis læsione alterius, etiam illa, quæ infertur per meram coactionem vel stricte, quatenus vim excludit, sed metum incussum includit, vel strictissime, quatenus & metui opponitur. Quam Auctor tradit definitionem, ea est doli strictissime accepti. Late acceptus, prout est hujus loci, definitur, quod sit læsio alterius facta ex proæresi, h. e. a sciente & volente. *Vid. omnino Struv. ex. 8. th. 23. 24. seqq. & exerc. 19. th. 14.*

CALLIDITAS, FALLACIA, MACHINATIO] Quæ voces a Dd. ita solent distingui. Calliditas est, quando falsum dico, Fallacia, quando verum taceo, machinatio, quando aliud facio, aliud sentio.

QVOD IN GENERE EST] Definitionem delicti in genere omnium optime tradit & explicat *Struv. ex. 48. th. 2. 3. & multis seqq.*

VEL PRIVATUM, VEL PUBLICUM] Quæ divisio non desumta est ab objecto, quasi illud delictum privatum sit, ubi immediate læditur privatus, illud publicum, ubi immediate respublica, sed ab effectu, quod delictum privatum producat actionem interesse privatum spectantem, publicum actionem, quæ tendit ad interesse publicum, prout ostendi *in philosophia juris §. 139. 140.* Adduntur communiter a Dd. hisce duabus speciebus adhuc aliæ delicti scilicet extraordinarii & popularis. *Vid. Dn. Struv. ex. 48. th. 11. 73. 135. & ex. 49. th. 11.* Sed delictum extraordinarium commode ad publicum, populare ad privatum referri potest, si ita procedas: Delictum publicum est vel in specie tale, in quod a peculiari lege publica certa pœna dictata est, vel extraordinarium, quod certa lege publica non notatur. Item delictum privatum est vel in specie tale, quando actio datur saltem læso, vel populare, quando actio datur cuivis ex populo. *Conf. Struv. d. l.*

ORDINARIÆ] Forte respexit Auctor hoc vocabulo ad actiones populares, quasi illæ coërceant delicta privata extraordinaria.

V. Furtum, *cujus etymon est §. 1. Inst. de obl. quæ ex del. Gell. l. N. A. 18.* est contrectatio, *hinc solo animo furtum non committitur.*

Furtum.

Digitized by Google

tur. l. 1. §. 1. ff. de furt. l. 52. §. 19. π. eod. Et qui animo furandi do-
mum alienam ingreditur, nec tamen aliquid contrectat, furtum non
committit. l. 21. §. 7. ff. h. tit. Sed extra ordinem punitur. l. 7. π.
de extraord. crim. Si vero contrectat, licet loco non moveat, furti te-
netur. l. 27. §. fin. ff. h. t. Ita qui rem furtivam celat. l. quivis. 48.
§. 1. π. h. t. Et qui re deposita, pignorata, commodata aliter, atque
convenit, utitur. §. furtum 6. Inst. h. t. Sic si fur deprehensus occide-
rit, fregerit, effuderit, abjecerit rem alienam; furti tenetur. l. si quis
7. π. de furt. l. sive 10. π. de cond. furt. fraudulosa, ideo si non dolo;

Qui absque dolo rem alienam contrectat, furtum non facit.

sed quod putarit dominum consensurum, rem alienam contrectaverit,
furtum non facit. § 7. Instit. de obl. quae quasi ex delict. (nisi forte do-
minus ideo sciens patiatur fieri contrectationem, ut in ipso facto furem
deprehendat. §. 8. h. t. l. si quis. 20. C. de furt.) Non tamen quaevis
praesumtio voluntatis domini sufficit; sed quae in quadam probabili-
tate, quam judex aestimabit, ex amicitia, familiaritate &c. consistit.
Menoch. arb. jud. 24. cas. 293. n. 4. Idem est, si domino invito se con-
trectaturum putet, sit autem volente, §. 8. Inst. d. t. l. 48. §. 2. l. 43.
§. 5. Cujac. [illegible] l. 46. §. 8. ff. h. tit. Res tamen vitium contrahit,
ut usucapi non possit, §. 12. Instit. de obl. q. quae ex delict. lucrifaciendi
gratia. §. 1. Instit. tit. l. 1. §. 3. ff. de furt. Ergo qui libidinis causa an-
cillam alienam meretricem rapuit, vel celat, furtum non committit.
l. 39. π. de furt. Secus si ancillam non meretricem. l. 82. § 2. π. eod.

Explic. l. 77. de furt.

Non obstat l. 77. π. de furt. Quia ut furtum etiam sine animo per-
petretur, id in his solum obtinet, quae accedunt rei principaliter con-
trectatae, nec propter se concupiscuntur, sed propter aliud. Distin-
guendum itaque inter id quod quis plane non concupiscit, cujus fur-
tum non fit. Et quod non quidem principaliter & propter se, sed
propter aliud & per consequentiam concupiscit, cujus fit furtum,
quia animus furandi, licet per consequentiam & hujus rei adest. Vel
ipsius rei corporalis, incorporalis enim tangi nequit. pr. Instit. de re-
bus corp. & incorp. l. 75. π. de furt. Et mobilis. l. 39. π. de furt. l. 38.
π. de usuc. § 2. Instit. eod. Etiam minimae §. 16. Inst. de R. D. arg.
l. 1. §. 10. de conjung. cum emanc. lib. ej. Et si non in commercio ut li-
beri homines. §. 9. Instit. h. Reipublicae, sacrae, religiosae. Sed alienae

l. 45.

l. 45. ff. h. t. *Et quidem semper fit domino, non aliis; sive tenerat, sive ejus voluntate alius habeat ex contractu; unde actio tantum fit in personam.* Vel usus ejus, *ut si quis rem commodatam contra legem conventionis in alios usus convertat. §. 6. Instit. d. t. l. 5. §. 8. ff. commod.* *Si res commodatario surripiatur, §. 16. Inst.* possessionisve, *si creditori res pignori obligata subripiatur. l. 35. §. 1. ff. de pign. act. l. 22. pr. ff. d. t. sive a tertio, sive ab ipso debitore. Vide Fran. ab Amaya lib. 2. obs. c. 9. § 10. Inst. h.* *Qui actione furti, non liberatur, etiamsi ostendat se paratum esse solvere. l. 5. π. vi bon. rapt. l. 12. ff. de serv. corrupt.*

AD THES. V.

FRAUDULOSA.] Id est, quæ dolo malo & contra legem fit. Non enim omnis ablatio rei alienæ lucrifaciendi gratia invito domino facta furtum est. Nam non solum a furto eximitur, si debitori privato invito per manum militarem res, quas debet, auferantur, sed & si in statu, ubi judicia cessant, quis auctoritate privata debitori res suas, quas debet, aut æquivalentes auferret, quamvis invito, quamvis lucrifaciendi gratia, non aliam ob causam, quam quod non fraudulenter fiant hujusmodi ablationes, sed jure permittente vel naturali, vel etiam civili. Inde etiam facile dijudicari potest illa quæstio, an liceat in casu extremæ necessitatis esculenta auferre? Qui affirmant, communiter in definitione furti asylum quærunt. Grotius putat non esse hanc ablationem *rerum alienarum*, sed in casu necessitatis res iterum fieri communes. Alii Moralistarum dicunt, hanc ablationem non fieri *lucri faciendi gratia*; rursus alii *dominium* hic non esse jure *debitum*; quæ sententiæ uti a quæstionem negantibus solent refutari, ita tamen non placet negantium opinio, quasi ejusmodi ablatio sit furtum, sed ob certas rationes pœna vel mitigari, vel etiam plane remitti debeat. *Conf. Dn. Strauch. ex. 48. th. 15.* Videtur enim mihi esse contradictoria moralia; actum quendam esse criminosum, & tamen nequaquam esse puniendum, cum non infimum Juris naturæ præceptum sit, delicta esse punienda. Quid ergo? Furtum non esse arbitror ejusmodi ablationem, si modo fiat in EXTREMO necessitatis casu (qui utrum quam dabilis sit, ab aliis in controversiam vocari solet? Non frequenter eum dari concedo; dari posse puto, vel exemplo illius notæ historiæ, an fabulæ? quam de Sodomitarum erga peregrinos rigore aliquando me legisse memini) Non quidem ob rationes jam allatas, sed quod non sit ablatio *fraudulosa*, sed auferens jure suo utatur. Hanc opinionem uti latius deducit Dn. Pufend. *in Opere de J. N. & G.* ita & de ea forte dicetur alibi.

CUI NON-OBSTAT L. XLVI. §. VIII. ff. H. T.] Distinguendum enim inter furtum & inter actionem furti, seu inter furtum consideratum Theologice,

quatenus respectus habetur ad vitium actionis intrinsecum & inter furtum, consideratum Juridice, quatenus spectatur effectus furti in Jure civili.

SECUS SI ANCILLAM NON MERETRICEM] Sed quaenam est ratio hujus legis, & differentia inter ancillam meretricem & non meretricem? Sane utraque est res aliena, utraque rapta est libidinis causa. Si ergo is, qui ancillam meretricem rapit libidinis causa, ideo actione furti non convenitur, quia non lucrifaciendi, sed libidinis causa rapuit *l. 39. de furt.* sane nec iste, qui ancillam non meretricem libidinis causa rapit. Si dicas eam esse differentiam, quod ancilla meretrix consensisse praesumatur ad sui raptum, quae praesumtio cesset in ancilla non meretrice, urgebo voluntatem aut noluntatem rerum ablatarum aut raptarum in criminibus differentiam non facere. Servus fugitivus sui ipsius furtum commisisse dicitur, etiamsi istud furtum ab instinctu proprio proveniat; Raptor est, qui virginem consentientem rapit. Sin ita respondeas, ancillam considerari sub qualitate, quam a destinatione domini habent, & ob id, qui destinatam quaestui meretricio ancillam aufert, non censeri facere furtum, sed contra facere dici, qui aufert non destinatam huic quaestui: Et licet enim ipse libidinem scopum habeat, tamen quia dominus destinatam alii fini habuit, & ita damnum directo infertur domino, ac perinde habetur, ac si animum lucrifaciendi habuisset inspecta destinatione domini, cui lucrum ablatum & interversum fuit [quae est responsio Bachovii ad *Wesenb. h. t. n. 6. lit. f.*] instabo, & illum, qui ancillam meretricem aufert, aeque directo damnum inferre domino, qui interea, dum haec ancilla meretrix a raptore celatur, si eadem rapta non fuisset, forte non contemnendum quaestum facere poterat. Deinde ratio *l. 39.* communiter & vere non ponitur in destinatione ancillae, sed in eo, quod libidinis causa rapiatur. Denique nec destinatio rei ad certum usum ullum momentum in materia furti affert. Quis enim negabit furtum equi a domino ad equitationem destinati, aeque committi ab eo, qui eum equitationis gratia, ac ab eo, qui v. g. utendi in carpento causa aufert? aut quis tenuet aeque furem esse, qui aufert pecuniam ad rerum commercia destinatam, Ausgebegeld / ac illum, qui aufert pecuniam ad casus necessitatis reservatam Schatz-Geld? Forte igitur recurres ad *l. non omnium ff. de legibus*, & dices, distinctionem hanc inter ancillam meretricem & non meretricem sequendam esse quamvis duram, quia ita leges scriptae sunt. Sed ingenuo Jurisprudentiae Cultori omnia prius effugia tentanda sunt, antequam ad istud ignorantiae asylum confugiat. Quapropter quamvis alias a correctionibus textuum abhorream, placet tamen hoc loco non sine causa altera Bachovii *d. l.* responsio, transposita negatione in *d. l. 82.* legendum esse: *ancillam meretricem non libidinis causa*, quam etiam sequitur Eckolt. *ad d. tit. de furt. §. 2.* & ita nulla erit pugna inter *l. 39. & 82. §. 2. h. t.* An autem haec responsio sit ad mentem Pauli, alia est quaestio. Ego non ambigo. Conjecturae meae hanc in rem sunt sequentes. Lex 82. *de furt.* de-

functa

sumta est ex *lib. 2. sententiarum Pauli.* Jam si fragmenta sententiarum Pauli evolvamus, deprehendimus *l. 2. tit. 31. §. 11.* [*p. m. 53. edit. Cujac. in annexis ad Cod. Theodos.*] hæc verba: *Qui meretricem libidinis causa rapuit & celabit, eum quoq; furti actione teneri placuit.* Quamvis autem alii hæc fragmenta corrigant, & secundum dictum *d. l. 82. de furt.* legant: *Qui non meretricem &c.* quod etiam faciendum monet Gottofred. *in not. ad d. l. 82. §. 2.* Mihi tamen contra videtur ad mentem Pauli *d. l. 82. §. 2. de furt.* corrigenda secundum dictum §. 11. *lib. 2 sentent. tit. 31.* ut ita negatione plane abjecta sensus prodeat iste: *Qui ancillam meretricem libidinis causa subripuerit, furti actione tenebitur, & si suppresserit, pœna legis Flaviæ coercebitur.* Non infrequens enim est, Paulum ab Ulpiano dissentire. *Conf. Eberlin. de orig. Juris cap. 52. p. m. 507.* & dissensionum harum, ni fallor, jam dum exempla non una habuimus. Clarius hoc evadet, si adspiciamus verba & rationes Ulpiani *in d. l. 39. de furt.* VERUM EST, inquit, SI MERETRICEM ALIENAM ANCILLAM RAPUERIT QVIS, VEL CELAVERIT, FURTUM NON ESSE. Rationes dubitandi in contrarium sunt, quia abstulit rem alienam invito Domino fraudulenter, inde videtur furtum esse. *arg. l. 1. §. 3. de furt.* Et si quis saltem celaverit ancillam alienam meretricem, videtur furtum esse. Nam qui celat servum fugitivum, fur est *l. 1. pr. de fugitivis.* At Ulpianus his rationibus dubitandi non obstantibus, rationes decidendi pro negativa suæ dat sequentes: NEC ENIM FACTUM QVÆRITUR, SED CAUSA FACIENDI, h. e. An aliquid furtum sit, nec ne, non solum considerandum est, an res invito domino ac dolo malo sit contrectata, sed ante omnia intentio auferentis ponderari debet, an abstulerit lucrifaciendi causa, annon, si prius, furtum est, si posterius, non est furtum. *arg. d. l. 1. §. 3. h. t.* Inde si quis tabulas testamenti deleverit, ut lucrum inde sentiat, furtum est, si saltem ut damnum det, non furti, sed actione legis Aquiliæ tenebitur, sententia est ejusdem Ulpiani ex Pomponio *l. 41. §. 1. ad l. Aquil. adde l. 27 §. ult. de furt.* Ergo in præsenti casu idem esse putat Ulpianus: CAVSA AVTEM, ita pergit, FACIENDI LIBIDO FVIT NON FVRTVM, h. e. is qui ancillam meretricem rapit, aut celavit, non fecit id lucrifaciendi animo, [in quo consistit pars formalis furti] ut per ancillam ejusque æstimationem patrimonium aut bona sua augeret, vel operis ancillæ aliquid acquireret sibi, sed ut libidinem adimpleret suam. Hæc enim circumstantia spectat ad casum a Jureconsulto propositum, & in proposita quæstione subintelligenda est, ut sensus sit: *Si meretricem alienam ancillam rapuerit quis, vel celaverit* libidinis causa, *furtum non esse &c.* Quem sensum non tantum innuit vox *meretrix*, qua Ulpianus utitur in sensu reduplicativo, quod scil. quis ancillam meretricem, qua meretricem, i. e. ad adimplendam libidinem rapuerit, sed & volunt verba textus modo explicata. Nam poterit etiam quis ancillam alienam, quæ est meretrix [in sensu speci-

modo in censu reali verum pretium indagandum sit, vide omnino apud Franzk. *l. 1. resol. qu. 2.*

DISSERTATIO XIX.

De *Privatis & quasi Delictis.*

RESPONDENTE

JOH. ERNESTO à Schönleben / Nob. Misn.

APHORISMUS I.

Culpa.

DE Obligationibus ex facto licito provenientibus egimus hactenus. Facta illicita, *quæ & incivilia. l. 2. 3. de extraord. cogn. l. 2. C. de furt. l. 3. in fin. C. de naut. fæn. l. 23. §. ult. de acq. poss. generali vocabulo* culpæ nomine veniunt. Culpa *enim generaliter accepta dolum & culpam in specie complectitur. Nam qui dolo fecit, utique in culpa est.* Strictius accepta, *dolo opponitur*, & est læsio alterius per imprudentiam facta, *quæ alias humanitus, evitare potuisset l. 213. §. 2. l. 72. pro soc. §. pen. Inst. quib. mod. re contr. obl. Et communiter vel faciendo, vel omittendo, si vel non attendo, ad id, quo attento, hoc vel illud non fecissem, vel non attendo ad id, quo attento, hoc aut illo abstinuissem.* Estque lata, levis* & levissima. *l. 47. §. culp. 5. de leg. 1. l. 31. §. culpam. 12. de ædil. edict. quemadmodum & Diligentia, cui culpa opponitur, tres gradus sunt; diligentia communis omnium hominum quæ omnibus hominibus innata est, ex communi sensu descendens: Cui opponitur culpa lata: 2. Diligentia propria contrahentis in rebus suis: Cui adversatur culpa levis: 3. Diligentia aliena, quam diligens paterfam. alius rebus suis adhibuisset. l. 47. §. 5. de leg. 1. l. 5. §. 2. ff. Commodat. l. in rebus. 17. pr. π. de jur. dot. l. sicut. 13. de pign.*

AD DISSERTAT. XIX.

AD THES. I.

CULPÆ NOMINE VENIUNT] Cum hic Synopsin Juris Romani tractemus, inquirendum erit, an in legibus culpa quandoque tam late accipiatur, ut & de delictis dolosis prædicetur.

ET EST LÆSIO] Culpa ipsa non est læsio, sed causa læsionis. Commodius culpam

pam describit Struv. ex. 19. th. 15. quod sit omissio scientiæ & diligentiæ debitæ.

COMMUNITER VEL FACIENDO] Non obstat, quod omnis culpa in omissione diligentiæ debitæ consistat. Vid. Struv. *d. l. th. 16.*

QUEMADMODUM ET DILIGENTIÆ] Adde Struv. *d. l. th. 17.*

II. Lata culpa, *uti vocatur in l. cedere diem. 213. §. 2. l. lata 233. π. de V. S. l. 1. si mensor. fal. mo. l. 31. §. 2. ad L. Aq. l. 8. §. ultim. l. 29. pr. π. Mandat. l. 1. π. de Magist. conven. l. 11. seu penult. π. de incend. l. 22. § 3. ad SCt. Trebell. l. 7. π. ad L. Corn. de sicar. quæ & magna negligentia. l. 226. de V. S. l. 1. §. is quoque 5. de O. & A. Et summa l. 9. §. sed facti. π. de J. & F. J. & Nimia. l. 213. §. ult. de verb. signif. Dissoluta ignoratio. l. 55. de Ædil. edict. dissoluta negligentia l. 29. pr. π. Mand. & Manifesta. l. 2. C. de arb. tut. Et gravior. l. 54. §. 2. de adq. rer. dom. Negligentia crassa. l. 6. π. de jur. & f. ign. Et remissior. l. 5. C. de per. tut. Et securitas nimia. l. 6. de J. E. F. I. Latior. l. 32. depos.* est non intelligere, id quod omnes intelligunt. *l. 213. fin. de V. S. l. 226. de V. S. ac proinde id non curare, quod omnes curare solent. Et hæc quidem sua natura a dolo differt, dolo tamen æquiparatur eique proxima est. l. 7. pr. ff. depos. prope fraudem accedit. l. impuberibus 7. §. si fraus. π. de susp. tut. Ut & dolus esse dicatur l. quod Nerva. ff. depos. l. 226. de V. S. repræsentatione scilicet & effectu. In contractibus veris & quasi, ut & quasi delictis quoque. arg. l. 5. §. 4. de O. & A. l. 2. C. de pœn. jud. mal. jud. l. 3. ad. L. Jul. repet. Sed in delictis veris videndum an civiliter agatur, & ad pœnam pecuniariam & tum dolo æquiparatur. l. 1. §. culpa enim. ff. si is qui test. lib. l. 1. §. is quoque π. de O. & A. §. 1. Inst. de obl. quæ. quas. ex del. l. 1. § 1. si mens. fal. mod. An vero criminaliter, maxime ad pœnam corporalem ubi secus. Quia hic dolus proprie dictus requiritur. l. 23. §. excipitur. de Ædil. ed. & in gravioribus pœnis severitas legum temperanda. arg. l. 11. de pœn. Dn. Tabor. par. Elem. p. 4. s. 1. thes. 6.*

Culpa latior

AD THES. II.

LATIOR] Bartolus equidem putat esse differentiam inter culpam latam & latiorem, sed refutatur cum aliis circa conceptum latæ culpæ aberrantibus, a Struv. *d. l. th. 19.*

EST NON INTELLIGERE] Exempla sunt in *l. 30. §. 3. ad L. Aquil. l. 8. §. ult. l. 29.*

Digitized by Google

de pact. L. 79. & L. 152. de R. J. Et hic delictum verum constituit. Quod in genere est factum illicitum, quo alterius utilitas læditur. *L. 9. §. 5. de publ. & vectigal.* Estque vel verum & proprium, vel improprium & quasi delictum. §. 1. *Instit. de oblig. quæ quas. ex delict.* Verum vel privatum, *de civili potissimum actione agitur ab his, ad quos ea res pertinet.* vel publicum. Privati quatuor species recensentur *pr. Inst. de obligat. quæ ex quas. del.* ordinariæ: Furtum, rapina, damnum injuria datum, & injuria.

Verum delictum quid: Dolus delictum verum constituit.

AD THES. IV.

SED DOLUS] Dolus malus vel late sumitur pro quavis læsione alterius, etiam illa, quæ infertur per meram coactionem vel stricte, quatenus vim excludit, sed metum incussum includit, vel strictissime, quatenus & metui opponitur. Quam Auctor tradit definitionem, ea est doli strictissime accepti. Late acceptus, prout est hujus loci, definitur, quod si læsio alterius facta ex proposito, h. e. a sciente & volente. *Vid. omnino Struv. ex. 8. th. 23. 24. seqq. & exerc. 19. th. 14.*

CALLIDITAS, FALLACIA, MACHINATIO] Quæ voces a Dd. ita solent distingui. Calliditas est, quando falsum dico, fallacia, quando verum taceo, machinatio, quando aliud facio, aliud sentio.

QVOD IN GENERE EST] Definitionem delicti in genere omnium optime tradit & explicat Struv. *ex. 48. th. 2. 3. & multis seqq.*

VEL PRIVATUM, VEL PUBLICUM] Quæ divisio non desumta est ab objecto, quasi illud delictum privatum sit, ubi immediate læditur privatus, illud publicum, ubi immediate respublica, sed ab effectu, quod delictum privatum producat actionem interesse privatum spectantem, publicum actionem, quæ tendit ad interesse publicum, prout ostendi *in philosophia juris §. 139. 140.* Adduntur communiter a Dd. hisce duabus speciebus adhuc aliæ delicti scilicet extraordinarii & popularis. *Vid. Dn. Struv. ex. 48. th. 11. 73. 15. & ex. 49. th. 11.* Sed delictum extraordinarium commode ad publicum, populare ad privatum referri potest, si ita procedas: Delictum publicum est vel in specie tale, in quod a peculiari lege publica certa pœna dictata est, vel extraordinarium, quod certa lege publica non notatur. Item delictum privatum est vel in specie tale, quando actio datur saltem læso, vel populare, quando actio datur cuivis ex populo. *Conf. Struv. dd. ll.*

ORDINARIÆ] Forte respexit Auctor hoc vocabulo ad actiones populares, quasi illæ coërceant delicta privata extraordinaria.

V. Furtum, *cujus etymon est §. 1. Inst. de obl. quæ ex del. Gell. l. N. A. 18.* est contrectatio, *hinc solo animo furtum non committitur.*

Furtum.

tur. l. 1. §. 1. ff. de furt. l. 52. §. 19. ff. eod. Et qui animo furandi domum alienam ingreditur, nec tamen aliquid contrectat, furtum non committit. l. 21. §. 7. ff. h. tit. Sed extra ordinem punitur. l. 7. ff. de extraord. crim. Si vero contrectat, licet loco non moveat, furti tenetur. l. 27. §. fin. ff. h. t. Ita qui rem furtivam celat. l. quivis. 48. §. 1. ff. h. t. Et qui re deposita, pignorata, commodata aliter, atque convenit, utitur. §. furtum 6. Inst. h. t. Sic si fur deprehensus occiderit, fregerit, effuderit, abjecerit rem alienam, furti tenetur. l. si quis 7. ff. de furt. l. fur 10. ff. de cond. furt. fraudulosa, ideo si non dolo: sed quod putaret dominum consentire, rem alienam contrectaverit; furtum non facit. §. 7. Instit. de obl. quæ quasi ex delict. (nisi forte dominus ideo sciens patiatur furi contrectationem, ut in ipso facto furem deprehendat. §. 8. h. t. l. si quis. 20. C. de furt.) Non tamen quævis præsumtio voluntatis domini sufficit: sed quæ in quadam probabilitate, quam judex æstimabit, ex amicitia, familiaritate &c. consistit. Menoch. arb. jud. 44. cas. 293. n. 4. Idem est, si domino invito se contrectaturum putet, sive sciente vel non, § 8. Inst. d. t. l. 48. §. 2. l. 43. §. 5. Cuiacius obstat. l. 46. §. 8. ff. h. t. Res tamen vitium contrahit, ut usucapi non possit, §. 12. Instit. de obl. q. quæ ex del. [illegible] lucri faciendi gratia. §. 1. Instit. eod. l. 1. §. 3. ff. de furt. Ergo qui libidinis causa alienam [illegible] rapit, vel celat, furtum non committit. l. 39. ff. de furt. Secus si ancillam [illegible]. l. 82. §. 2. ff. eod. Non obstat l. 77. ff. de furt. Quamvis furtum etiam sine animo perpetretur, id in his solum obtinet, quæ accedunt rei principaliter contrectatæ, nec propter se concupiscuntur, sed propter aliud. Distinguendum itaque inter id quod quis plane non concupiscit, cujus furtum non fit. Et quod non quidem principaliter & propter se, sed propter aliud & per consequentiam concupiscit, cujus fieri furtum, quia animus furandi, licet per consequentiam & hujus rei adest. Vel ipsius rei corporalis, incorporalis enim tangi nequit. pr. Instit. de rebus corp. & incorp. l. 75. ff. de furt. Et mobilis. l. 37. ff. de furt. l. 38. ff. de usuc. §. 2. Instit. eod. Etiam [illegible] §. [illegible] de R. D. arg. l. 1. §. 10. de conjung. cum emanc. lib. ej. Et sic etiam in commerciis ut liberi homines. §. 9. Instit. h. Reipublicæ, sacra, religiosa. Sed alienæ

Qui absque dolo rem alienam contrectat, furtum non facit.

Explic. l. 77. de furt.

L. 45. ff. h. t. Et quidem semper fit domino, non aliis; sive teneat, sive ejus voluntate alius habeat ex contractu; unde actio tantum fit in personam. Vel usus ejus, *ut si quis rem commodatam contra legem conventionis in alios usus converterit. §. 6. Instit. d. t. l. 5. §. 8. ff. commod. Si res commodatario surripiatur. §. 16. Inst.* possessionisve, *si creditori res pignori obligata subripiatur. l. 35. §. 1. ff. de pign. act. l. 22. pr. ff. d. t. sive a tertio, sive ab ipso debitore. Vide Fran. ab Amaya lib. 2. obs. c. 9. § 10. Inst. h. t. Qui actione furti, non liberatur, etiamsi ostendat se paratum esse solvere. l. 5. C. vi bon. rapt. l. 12. ff. de serv. corrupt.*

AD THES. V.

FRAUDULOSA] Id est, quae dolo malo & contra legem fit. Non enim omnis ablatio rei alienae lucrifaciendi gratia invito domino facta furtum est. Nam non solum a furto eximitur, si debitori privato invito per manum militarem res, quas debet, auferantur, sed & si in statu, ubi judicia cessant, quis auctoritate privata debitori res suas, quas debet, aut aequivalentes auferret, quamvis invito, quamvis lucrifaciendi gratia; non aliam ob causam, quam quod non fraudulenter fiant hujusmodi ablationes, sed jure permittente vel naturali, vel etiam civili. Inde etiam facile dijudicari potest illa quaestio, an liceat in casu extremae necessitatis esculenta auferre? Qui affirmant, communiter in definitione furti asylum quaerunt. Grotius putat non esse hanc ablationem *rerum alienarum*, sed in casu necessitatis res iterum fieri communes. Alii Moralistarum dicunt, hanc ablationem non fieri *lucri faciendi gratia*; rursus alii *dominum* hic non esse jure *invitum*; quae sententiae uti a quaestionem negantibus solent refutari, ita tamen non placet negantium opinio, quasi ejusmodi ablatio sit furtum, sed ob certas rationes poena vel mitigari, vel etiam plane remitti debeat. *Conf. Dn. Struv. ex. 48. th. 15.* Videtur enim mihi esse contradictoria moralia; actum quendam esse criminosum, & tamen nequaquam esse puniendum, cum non infimum Juris naturae praeceptum sit, delicta esse punienda. Quid ergo? Furtum non esse arbitror ejusmodi ablationem, si modo fiat in EXTREMO necessitatis casu (qui an unquam dabilis sit, ab aliis in controversiam vocari solet?). Non frequenter eum dari concedo (dari posse puto, vel exemplo illius notae historiae, an fabulae? quam de Sodomitarum erga peregrinos rigore aliquando me legisse memini) Non quidem ob rationes jam allatas, sed quod non sit ablatio *fraudulosa*, sed auferens jure suo utatur. Hanc opinionem uti latius deducit Dn. Pufend. *in Opere de J. N. & G.* ita & de ea forte dicetur alibi.

CUI NON OBSTAT L. XLVI. §. VIII. ff. H. T.] Distinguendum enim inter furtum & inter actionem furti, seu inter furtum consideratum Theologice, qua-

quatenus respectus habetur ad vitium actionis intrinsecum & inter furtum consideratum Juridice, quatenus spectatur effectus furti in Jure civili.

SECUS SI ANCILLAM NON MERETRICEM] Sed quaenam est ratio hujus legis, & differentia inter ancillam meretricem & non meretricem? Sane utraque est res aliena, utraque rapta est libidinis causa. Si ergo is, qui ancillam meretricem rapit libidinis causa, ideo actione furti non convenitur, quia non lucrifaciendi, sed libidinis causa rapuit *l. 39. de furt.* sane nec iste, qui ancillam non meretricem libidinis causa rapit. Si dicas eam esse differentiam, quod ancilla meretrix consensisse praesumatur ad sui raptum, quae praesumtio cesset in ancilla non meretrice, urgebo voluntatem aut nolentatem rerum ablatarum aut raptarum in criminibus differentiam non facere. Servus fugitivus sui ipsius furtum commisisse dicitur, etiamsi illud furtum ab instinctu proprio proveniat; Raptor est, qui virginem consentientem rapit. Sin ita respondeas, ancillas considerari sub qualitate, quam a destinatione domini habent, & ob id, qui destinatam quaestui meretricio ancillam aufert, non censeri facere furtum, sed contra facere dici, qui aufert non destinatam huic quaestui: Et licet enim ipse libidinem scopum habeat, tamen quia dominus destinatam alii fini habuit, & ita damnum directo infertur domino, ac perinde habetur, ac si animum lucrifaciendi habuisset inspecta destinatione domini, cui lucrum ablatum & interversum fuit [quae est responsio Bachovii ad *Wesemb. b. t. n. 6. lit. f.*] instabo, & illum, qui ancillam meretricem aufert, aeque directo damnum inferre domino, qui interea, dum haec ancilla meretrix a raptore celatur, si eadem rapta non fuisset, forte non contemnendum quaestum facere poterat. Deinde ratio *l. 39.* communiter & vere non ponitur in destinatione ancillae, sed in eo, quod libidinis causa rapiatur. Denique nec destinatio rei ad certum usum ullum momentum in materia furti affert. Quis enim negabit furtum equi a domino ad equitationem destinati, aeque committi ab eo, qui eum equitationis gratia, ac ab eo, qui v. g. utendi in carpento causa aufert? aut quis renuet aeque furem esse, qui aufert pecuniam ad rerum commercia destinatam, Außgebegeld / ac illum, qui aufert pecuniam ad casus necessitatis reservatam Schatz-Geld? Forte igitur recurres ad *l. non omnium ff. de legibus*, & dices, distinctionem hanc inter ancillam meretricem & non meretricem sequendam esse quamvis duram, quia ita leges scriptae sunt. Sed ingenuo Jurisprudentiae Cultori omnia prius effugia tentanda sunt, antequam ad istud ignorantiae asylum confugiat. Quapropter quamvis alias a correctionibus textuum abhorream, placet tamen hoc loco non sine causa altera Bachovii *d. l.* responsio, transposita negatione in *d. l. 82.* legendum esse: *ancillam meretricem non libidinis causa*, quam etiam sequitur Schols. *ad d. tit. de furt. n. 2.* & ita nulla erit pugna inter *l. 39. & 82. §. 2. b. t.* An autem haec responsio ad mentem Pauli, alia est quaestio. Ego non ambigo. Conjecturae autem hanc in rem sunt sequentes. *Lex 82. de furt.* de-

furata est ex lib. 2. sententiarum Pauli. Jam si fragmenta sententiarum Pauli evolvamus, deprehendimus *l. 2. tit. 31. §. 12.* [*p. m. 53. edit. Cujac. in annexis ad Cod. Theodos.*] hæc verba: *Qui meretricem libidinis causa rapuit & celabit, eum quoq; furti actione teneri placuit.* Quamvis autem alii hæc fragmenta corrigant, & secundum ductum *d. l. 82. de furt.* legant: *Qui non meretricem &c.* quod etiam faciendum monet Gortofred. *in not. ad. d. l. 82. §. 2.* Mihi tamen contra videtur ad mentem Pauli *d. l. 82. §. 2. de furt.* corrigenda secundum dictum §. 12. *lib. 2. sentent. tit. 31.* ut ita negatione plane abjecta sensus prodeat iste: *Qui ancillam meretricem libidinis causa subripuerit, furti actione tenebitur, & si suppresserit, pœna legis Flabiæ coercebitur.* Non infrequens enim est, Paulum ab Ulpiano dissentire. *Conf. Eberlin. de orig. Juris cap. 32. p. m. 307.* & dissensionum harum, ni fallor, jam dum exempla non una habuimus. Clarius hoc evadet, si adspiciamus verba & rationes Ulpiani *in d. l. 39. de furt.* VERUM EST, inquit, SI MERETRICEM ALIENAM ANCILLAM RAPUERIT QVIS, VEL CELAVERIT, FURTUM NON ESSE. Rationes dubitandi in contrarium sunt, quia abstulit rem alienam invito Domino fraudulenter, inde videtur furtum esse. *arg. l. 1. §. 3. de furt.* Et si quis saltem celaverit ancillam alienam meretricem, videtur furtum esse. Nam qui celat servum fugitivum, fur est *l. 1. pr. de fugitiv.* At Ulpianus his rationibus dubitandi non obstantibus, rationes decidendi pro negativa sua dat sequentes: NEC ENIM FACTUM QVÆRITUR, SED CAUSA FACIENDI, h. e. An aliquid furtum sit, nec ne, non solum considerandum est, an res invito domino ac dolo malo sit contrectata, sed ante omnia intentio auferentis ponderari debet, an abstulerit lucrifaciendi causa, annon, si prius, furtum est, si posterius, non est furtum. *arg. d. l. 1. § 3. h. t.* Inde si quis tabulas testamenti deleverit, ut lucrum inde faciat, furtum est, si saltem ut damnum det, non furti, sed actione legis Aquiliæ tenebitur, sententia est ejusdem Ulpiani ex Pomponio *l. 41. §. 1. ad L. Aquil. adde l. 27. §. ult. de furt.* Ergo in præsenti casu idem esse putat Ulpianus: CAVSA AVTEM, ita pergit, FACIENDI LIBIDO FVIT NON FVRTVM, h. e. is qui ancillam meretricem rapit, aut celavit, non fecit id lucrifaciendi animo, [in quo consistit pars formalis furti] ut per ancillam ejusque æstimationem patrimonium aut bona sua augeret, vel operis ancillæ aliquid acquireret sibi, [illegible] ut libidinem adimpleret suam. Hæc enim circumstantia spectat ad casum a Jureconsulto propositum, & in proposita quæstione subintelligenda est, ut sensus sit: *Si meretricem alienam ancillam rapuerit quis, vel celaverit* libidinis causa, *furtum non esse &c.* Quem sensum non tantum innuit vox *meretrix*, qua Vlpianus utitur in sensu reduplicativo, quod scil. quis ancillam meretricem, qua meretricem, i. e. ad adimplendam libidinem rapuerit, sed & volunt verba textus modo explicata. Nam poterit etiam quis ancillam alienam, quæ est meretrix [in sensu speci-

fectivo] rapuisse, non scortationis ergo, sed lucrifaciendi animo, quæ actio omnino ad furtum spectat *arg. legis nostræ 39.* Ex præmissa hac decisione Vlpianus novæ quæstionis solutionem infert. Cum enim & is, qui opem & consilium ad furtum tulit, furti teneatur, v. g. qui alieni nummos excussit ea intentione, ut alius eos raperet *l. 52. §. 13. de furt.* modo etiam alius eos revera acceperit *l. 27. §. 21. ad L. Aquil.* & haud dubie is, qui fores alienas effringit, ut fures in ædes intrare, & inibi furtum committere queant *arg. §. 11. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* (etsi enim forte neuter horum de furto aliquid participet, tamen quia illis, qui lucrifaciendi animo res auferunt opem ferunt & ipsi per alios lucrifaciendi intentionem habere censentur) inde & quæsitum fuit, quid juris de effringente fores meretricis? Respondet JCtus noster sumere decisionem quæstionis hujus ex præcedenti: ET IDEO ETIAM EUM, QVI FORES MERETRICIS, etiamsi sit libera, EFFREGERIT, modo id fecerit LIBIDINIS CAUSA, non ut cooperaretur furibus lucrum captantibus, ET SI FURES NON AB EO INDUCTI, SED ALIAS præter ipsius scientiam & voluntatem INGRESSI MERETRICIS RES EGESSERVNT FVRTI NON TENERI. Et de hoc casu forte minus est dubium: cum hic nec contrectet ipse rem alienam, nec contrectantibus cooperetur, sed sit saltem furti subsecuti causa per accidens. Uti & is, qui injuriæ causa januam effregit, quamvis inde per alios res amotæ sint, non tenetur furti, consentiente hac in parte Paulo *l. 53 pr. de furt.* cum Vlpiano nostro: & is, qui per lasciviam & non data opera, ut furtum admitteretur, nummos alicui excusserit, quamvis illi postea a tertio furto sint sublati, non furti conveniri potest, sed actione in factum *d. §. 11. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* h. e. actione L. Aquil. utili *per tradita a me in Philosophia Jur. §. 148. 149.* Sed ut revertamur ad casum initio propositum, quamvis dictum sit, eum, qui celavit alienam ancillam meretricem, non committere furtum; AN non TAMEN LEGE FABIA de plagiariis TENETUR, QVI SUPPRESSIT SCORTUM LIBIDINIS CAUSA? quærit porro Vlpianus: *Scortum* dicit, non ut in priore quæstione *ancillam meretricem*: Quia enim jam de plagio ipsi sermo est, plagium vero præter servos etiam in liberis hominibus committitur, inde quæstio præsens tam de meretrice libera, quam de ancilla intelligi potest. Utrobique enim est eadem decidendi ratio. Sed quænam? Respondere non possumus, nisi sciamus, quid sit plagium, & quomodo a furto differat. Rem difficilem facit *lex penult. pr. ad L. Fab. de plagiar.* Equidem communiter describunt plagium, quod sit fraudulenta suppressio liberi hominis, aut servi alieni. *Vid. Anton. Matth. de crimin. ad lib. 48. tit. 11. cap. 1. n. 2. p. m. 507.* Ex qua descriptione certum quidem est, illam esse differentiam inter furtum & plagium, quod non omne plagium sit furtum, quia liber homo furti objectum haud est, nec omne furtum sit plagium, quia furtum committitur etiam in aliis rebus, quam servis; At vero eam, quod anti-

Digitized by Google

stineat, suppressionem, videtur ea & ad furtum *referenda ob l. 1. pr. de fugit.* & ad plagium, non solum ob dictam plagii definitionem, sed maxime ob *l. penult. §. 2. ad l. Fab. de plagiar.* adeoque ob hoc factum & civiliter actione furti, & criminaliter ex lege Fabia agi posse. Verum *non statim plagiarium esse, qui furti crimine ob servos alienos interceptos tenetur*, Callistratus inquit *d. l. penult. pr.* Cur hoc? Rationem eam esse ait, quia *Divus Hadrianus in hæc verba rescripsit: Servos alienos qui sollicitaverit, aut interceperit, crimine plagii, quod illis intenditur, teneatur, nec ne, facti quæstio est* (vel ut Florentina & Haloandrina legunt, *facit quæstionem*) Expectas haud dubie genuinam differentiam inter furtum & plagium servi intercepti, & adeo quæstionis propositæ resolutionem ex Imperiali rescripto. Sed falleris; Ita enim respondet Hadrianus, qui tamen omnium controversiarum decisiones in scrinio pectoris debebat habere, ut dubium magis reddat animum consulentis, quam ut eundem informet. Sic autem pergit: *Et ideo non me consuli de ea re oportet.* Hoc *ideo* concluderet equidem, si secundum editionem glossæ in verbis antecedentibus legeretur: *Facti quæstio est*: Consuli enim debet Imperator non de quæstionibus facti, sed de controversiis juris *l. 79. §. 1. de judiciis*, & propterea glossa *ad d. l. nostram* bonam hanc esse rationem asserit.) At lectionem illam haud esse probabilem vel ex eo constat, quod de facto, scilicet de sollicitatione & interceptione servorum constabat: An autem ista sollicitatio & interceptio sit plagium, an furtum, quæstio juris erat, non facti; Sin autem lectionem Florentinam retinemus, illud *ideo* maxime videtur esse absurdum & ἀπροσδιόνυσον. Quid enim hoc est? Ideo quia quæstio est, an ejusmodi servorum interceptio sit plagium, an furtum, non debet Imperator, qui tamen authenticus est legum & controversiarum graviorum interpres, consuli. Quis ergo alius consuli debet? *Sed*, inquit Imperator, *quod verissimum in re præsenti cognoscitur, sequi Judicem oportet.* Itaque Judex consulendus, & ejus decisio observanda. Unde vero judex fundamentum decisionis sumet? Etsi enim dicamus, ipsius arbitrio hujus controversiæ finitionem relinqui, arbitrium tamen judicis nunquam sine norma est, de qua norma quæstio hic proponebatur Imperatori. Et quæ denique sequuntur verba, magis ancipitem reddunt judicem: *Plane sciri debet, posse aliquem furti crimine ob servos alienos interceptos teneri, nec ideirco tamen statim plagiarium esse existimari.* Non licet igitur judici semper interceptorem dolosum servorum ut plagiarium condemnare. Quando itaque licebit? & quando non licebit? Debuisset sane Hadrianus differentiam interceptionis ostendere, & circumstantiam illam, quæ impedit, quo minus non omnis interceptio fraudulenta servi ac furtiva simul plagii nomine veniat. Sed hoc nequaquam esse factum ex eo colligo, quod alias haud dubie Callistratus verba ista illustraturus, si quæ superfuissent, addidisset. Deprehendo autem apud scriptores, quamvis dissimulent, quam se torqueant in explicanda hac diversitatis ratione. Glossa ad

d. l.

d. l. lit. d. ut explicet mentem Imperatoris dicentis: *posse aliquem furti teneri* addit: *Ut si opem ad furtum præstitit, vel quia etiam corrupit, ut fugeret: nec subripuit, ut exportatione dominum celaret.* Verum is, qui opem simpliciter ad furtum præstitit, huc non spectat, quia non quæritur de differentia inter furtum in genere & plagium; sed inter servorum interceptorum furtum & plagium; Sin vero glossæ hæc sit mens, quasi is, qui opem ad furtum servi præstiterit, non sit plagiarius, istud quidem esset contra *d. l. d. §. 1. verb. quique in earum qua ea sciens erit.* Conf. Anton. Matth. *d. l. n. 4.* Deinde quod eum, *qui corrupit servum, ut fugeret*, attinet, & hunc pro plagiario habendum esse ostendunt *d. § 1.* verba: *quique servo alieno servæve persuaserit* & notavit jam hunc glossæ errorem Anton. Matth. *d. n. 4.* Magis ad rem præsentem videntur facere verba ultima glossæ de eo, *qui subripuit servum, non tamen eo animo, ut ipsius exportatione (dicere voluit de exportatione vel; exportationem) Dominum celaret*, ut scilicet ea inter furtum servi intercepti & plagii sit differentia, quod fur sit is, qui servum intercepit, nec tamen post interceptionem eundem domino celat, plagium autem insuper qui celat eundem domino. Et huic opinioni præprimis favere videtur *d. §. 1. hujus legis Fabiæ*, nisi quod ex verbis: *quique servo alieno servæque persuaserit, ut a domino dominave fugiat*, in contrarium possit argumentatio institui. Si enim is plagiarius est, qui saltem servo fugam persuasit, videtur & is esse, qui revera subripuit, etsi post subreptionem non celet eundem. Sed hanc differentiam infra examinabimus. Dominus Struv. *in exercit. pandc. th. 83.* ut ostenderet statim in definitione plagii ejus a furto differentiam, dicit plagium esse crimen, quod committatur fraudulenta liberi hominis & servi alieni, *alia scilicet quam ejus lucri causa facta*, suppressione. Ergo ex hujus mente furtum servi fit lucri faciendi causa, plagium non item. Desidero hic textum Juris civilis. Provocat quidem vir Magnif. ad Anton. Matthæi *d. l. c. 1.* sed apud eum nihil horum quicquam deprehendo. (Forte cum hæc scriberet Dn. Struvius, præ oculis habuit Auctorem nostrum, quem vid. *exerc. ult. th. 15.*) Videamus ejus verba, iisque statim immisceamus censuram nostram. *Quantum ad nominis etymon attinet*, inquit *d. l. n. 1. seqq. dictum est plagium juxta Isidorum ἀπὸ τοῦ πλάγιος, vel πλαγίως, quod non solum transverse seu oblique, sed & dolose sonat. Inde plagiarii, qui dolose homines alienos supprimunt: ipsumque plagium nihil aliud, quam fraudulenta suppressio liberi hominis, vel servi alieni. Ceterum supprimitur liber homo, cum sine vi, dolo malo, abducitur, proque servo venditur, habetur, servus quoque, cum sine vi abducitur, cum ei fuga persuadetur, aut fugitivus celatur l. 1. 3. 4. 5. 6. §. ult. h. t. l. 1. 2. 5. 9. pen. C. eod. Quod dicimus sine vi, id cum nominis notatio* (modo allata, quod plagium fiat transverse seu oblique. Sed quemadmodum ista etymologia non ab omnibus probatur, *vid. omnino Dn. Patris dissertat. de plag. literar. §. 30.* & si τὸ πλαγίως per *dolose* explicetur, quod facit Matthæi in verbis modo relatis,

pla-

Digitized by Google

plane non stringit, cum & violenta ablatio dolose fiat; ita quamvis de priori derivatione certo constet, notum tamen est, ab etymologia plerumque infirma duci argumenta.] *tum Antonini Constitutio suggerit, qui in l. 1. C. h. t. rescripsit, si per violentiam mancipium ereptum fuerit, accusationem legis Juliæ de vi intendendam esse.* [Quod hanc probationem attinet, initio, verbis expressis in d. l. 1. C. h. t. non dicitur actionem legis Juliæ de vi intendendam esse: *Quod si*, inquit Imperator, *per violentiam mancipium ereptum est, accusationem EJUS non prohibetur intendere.* Hic ergo vi EJUS poterit commode explicari tam de accusatione legis Fabiæ, quam de accusatione legis Juliæ de vi. Priori casu sensus *d. l. 1.* is erit: *Pater tuus adversus eum, a quo sollicitatam ancillam, plagio quoq; facto exportatam queritur, apud suum judicem civiliter in rem actione instituta consulat. Si vero in causa tenuerit etiam legis Fabiæ crimen persequi poterit*, quia scilicet actio rei persecutoria non tollit actionem criminalem. Et quamvis in libello tuo supplici nullam mentionem feceris, an ille sollicitator sine vi, an cum vi servum patris tui exportaverit; aut: quamvis in libello tuo supplici dubium moveas eo quod sollicitator iste servum patris tui vi exportaverit; tamen *quod si etiam per violentiam mancipium abreptum sit, accusationem ejus*, i. e. vel legis Fabiæ, vel delinquentis ex lege Fabia, *non prohibetur* pater tuus, finita rei vindicatione *intendere.* Et ita si explices *legem 1. C.* sententia Antonii Matthæi ex ea non probabitur, sed refutabitur. Atque huic opinioni videtur favere Treutler, *vol. 2. disp. 31. th. 9. lit. c.* Altero casu & ex mente Antonii Matthæi, etsi per vi EJUS intelligas actionem legis Juliæ, uti quoque glossata editio in marg. testatur in manuscriptis nonnullis loco EJUS, legi VIS, tamen id quod exinde probari vult Matthæi, nequaquam probabitur, sed iste sensus evadet: *Quod si vero per violentiam mancipium abreptum est*, pater tuus finita rei vindicatione *accusationem* etiam *ejus* violentiæ vel legis Juliæ de vi *non prohibetur intendere*, sed cum duo hic sint delicta & plagii & vis, electionem habebit ex utro velit accusationem instituere. Et hunc sensum suadent verba: NON PROHIBETVR. Si enim Imperator dixisset: DEBET intendere, haberet forte, quod allegare posset Matthæi. Jam autem quocunque modo explicet textum istum, sententiam suam tamen ille non confirmabit. Pergimus in verbis Matthæi:] *Habet igitur plagium hoc* [furto] *commune, ut fiat sine vi, clam & obscure, nec tamen propterea quisquis furti tenetur, is idem plagiarius est l. pen. ff. h. t.* [sed jam supra dictum: non confundi debere quæstiones duas distinctas: unam, an inter furtum in genere & plagium sit differentia? Alteram: an inter servi intercepti plagium & furtum sit discrimen? De priori non est dubium, at de posteriori maxime dubia agit *l. pen. ff. h. t.*] *Quippe qui vi rapit servum alienum, etiam furti tenetur l. 2. ff. vi bon. rapt. at plagiarius, ut modo dictum, non est*, [sed etiam modo ostensum est, hanc differentiam a Matthæi firmiter non probari. Tentabi-

bitum tamen an non ex ipsa *lege penult. ff. h. t.* pro opinione Matthæi possit argumentum adduci. Recentiores editiones communiter ita legunt §. 1. *d. l. penult. Lege Fabia cavetur, ut liber, qui hominem ingenuum & libertinum invitum celaverit & INVINCTUM habuerit, quive servo alieno servæve persuaserit, ut a domino dominave fugiat, vel eum eamve invito & insciente domino dominave celaverit, INVINCTUM habuerit, emerit, sciens dolo malo, quive in ea re socius erit; ejus pœna teneatur.* Vides hic utrobique & in libero, & in servo per plagium subreptis requiri, ut plagiarius eos INVINCTOS habeat, ex quo videtur concludi posse, quod absque vi debeat plagium *committi.* Sed & hæc lectio non est constans. Quippe glossata mea non solum pro INVINCTUM utrobique legit: VINCTUM, sed & hanc lectionem sequuntur non pauci Doctorum; Exemplo sit Farinacius *de furt. qu. 166. n. 45.* Et suadet quoque hanc lectionem vox: INVITUM in *d. §. 1.* ut taceam illud INVINCTUM minus latinum esse, quam VINCTUM. Et si vel maxime de lectione recentiorum editionum constaret, nihil tamen firmum exinde concluderetur, quia possum servum alienum initio per violentiam apprehendisse, quem tamen postea invinctum teneo &c. Manet ergo dubium adhuc circa primam differentiam a Matthæi inter furtum & plagium servi intercepti positam. Audiamus etiam recensentem reliquas:] *Et qui in ipso*, pergit, *servi furto deprehensus est, furti quidem tenetur, sed plagii non tenetur.* [Desidero hic iterum probationem] *Hoc amplius furtum committit, qui servum suum pignori datum creditori surripit, plagium non committit* [Hanc differentiam concedo, sed ad *d. l. pen. pr.* quicquam facere nego: cum ibi Imperator esse dicat differentiam inter servorum ALIENORUM furtum & plagium] *Denique furti tenetur, cujus ope consilio furtum factum est, plagii non æque. Nec adversatur, quod qui plagiario, in qua re socius est, & ipse plagiarius fit l. pen. §. ult. ff. h. t. Socium enim intelligere debemus, non qui consilium duntaxat dedit, aut scalas forte commodavit, sed qui societatem sceleris contraxit, & in ipsa suppressione socius fuerit. Accursius affert & hanc differentiam, quod qui servo fugam persuasit, fur fit, non tamen plagiarius. Verum id falsum esse ex eadem lege penult. apparet, ubi nominatim Callistratus docet plagiarium esse, qui servo alieno persuasit, ut a domino fugiat. Dices: Atqui persuasio consilium est: sufficit ergo consilium ad accusationem. Respondeo: sufficit, si servo persuaserit, non si persuaserit tertio.* [Summa eo redit, quod furtum servi committatur etiam mero consilio absque ope, plagium non committatur solo consilio plagiario dato, si non simul quis opem reipsa tulerit. Sed desiderare & hic quis posset probationem.] Jam in his de furti & plagii in servis commissi differentia sententiarum varietatibus, quam sententiam amplectemur? Si verba legis Fabiæ in titulo Digestorum & Codicis fuissent expressa, aut positivi quippiam circa hanc quæstionem ibidem deprehenderetur, essemus in salvo. Jam cum nec legis Fabiæ verba extent, neque le-

ges

gen ullæ Juris Justinianei nos hac in parte informent [quam enim dubiæ sint illæ omnes, quæ a Doctoribus hunc in finem adducuntur, satis ut puto in antecedentibus ostendi] conjecturis erit opus. Igitur ante omnia inquirendum erit in historia Romana, an lex Fabia prior fuerit plagiarios puniens, an vero edictum Prætoris, vel alia quædam lex ante edictum furta coercens? Non vero dubito, quia furtum frequentius semper est, quam plagium, quin lex in furtum lata tempore fuerit antiquior in republ. Romana, quam lex Fabia. Coercuit autem lex ejusmodi, vel edictum Prætoris contrectationem fraudulosam RERUM alienarum invito domino lucrifaciendi causa factam. Ergo cum & servi jure Romano rebus magis quam personis æquiparentur, & interceptio servorum jam lege ista fuerit notata, inde non fuit opus ob horum subreptionem novam legem invenire. Sed quemadmodum quotidie crescere solent delicta, ita & in republ. Romana fures hominum non contenti ablatione servorum alienorum, cum hæc res quandoque impune ipsis cederet, neque adeo pœna dupli, aut quadrupli tanta esset, ut ipsos a flagitio absterreret, cœperunt etiam liberos homines malis artibus surripere, eosque postea in alium locum exportare & ibi vendere ut servos. Non debebat hic quiescere legislator Romanus, sed crescentibus delictis pœnæ quoque debebant crescere, præsertim cum liberi hominis contrectatio, tanquam inæstimabilis, quique non REI, sed Personæ appellatione in jura venit, ad legem furtum coercentem referri non poterat. Lata igitur fuit tempore Fabii Labeonis anno urbis conditæ 171. (ita Perez. *ad Cod. h. t. n.* 1. an recte alii judicent. Ego non puto, nam anno 171. urbs adhuc erat sub regibus. Quin potius legendum erit; *anno* 571. nam hoc anno in Chronologia [illegible] Glareani deprehendo Q. Fabium Labeonem inter Consules.] Lex Fabia de plagiariis in eos animadvertens, qui liberos homines, ut & servos alienos fraudulenter & lucrifaciendi gratia contrectassent *arg. l. 1. ff. & C. ad L. Fabiam de plagiar.* Hic maxime probabile est per legem Fabiam omnem suppressionem liberorum hominum fuisse notatam, sive fieret ea per dolum & astutiam, sive per meram violentiam. Nam si solam astutiam coercuisset lex Fabia, impunes fuissent, quod esset absurdum, violenti raptores, cum tum temporis nec lex Plautia, nec lex Julia lata fuerit. *Plautiam enim doctissimus Sigonius*, sunt verba Matthæi *lib. 48. tit. 4. c. 1. p. 441. a Catulo consule latam scribit, una cum P. Plautio Tribuno plebis post Lepidum collegam pulsum atque in Sardinia interfectum* [in indice Glareani anno urbis conditæ 676 deprehendo consules M. Æmilium Lepidum & Q. Luctatium Catulum: Sed nescio an hunc annum intelligat Sigonius, cum anno 638. item 708. etiam inter Consules adhuc ponatur M. Æmilius Lepidus, nisi forte hic posterior sit prioris, quem Sigonius pulsum & interfectum dicit, filius] *Alii vero Cn. Pompejo Strabone & L. Porcio Catone Coss.* [hi regnarunt anno urb. cond. 665.] *a M. Plautio Silvano, Trib. Pl. latam*

gnissimant. Julium alii Cæsari, alii Octavio Augusto adscribunt. Sed verius est Augusti esse. Porro quod serviles homines attinet, & illud certum est. Plagium servi esse speciem furti, adeoque ab hoc tanquam latiori differre ut angustius: Ideoque omne plagium servi alieni erit furtum, cum & hic adsit contrectatio rei alienæ *l. 3. pr. ff. ad legem Fabiam* fraudulosa *d. l. 3. pr.* lucrifaciendi gratia, quæ est definitio furti. Quamvis enim quoad lucrifaciendi animum cum aliis supra dissentire dixerim Dn. Struvium, putantem, plagium alio quam lucrifaciendi animo fieri, tamen ad hanc opinionem, ut alia taceam infra cum ad leges nostras *39. & 82. de furt.* reversi fuerimus, dicenda, vel exinde responderi poterit, quod furtum illud Kauffungianum communiter a Dd. & Collegiis Juridicis pro Plagio fuerit habitum, quamvis hic omnino Kauffungius habuerit nullum alium, quam lucrifaciendi animum. *Vide Carpz. Crim. qu. 85. n. 90. Petri Albini Hist. Misen. P. 5. c. 21.* Et si non omne plagium servi esset furtum, haud dubie id notassent vel Hadrianus, vel Callistratus *l. pen. ff. h. t.* cujus tamen rei ibi altissimum est silentium. Deinde nec de hac propositione est dubium, quod non omne furtum sit plagium servi, sed furtum tanquam genus prædicetur de furto aliarum rerum, quam sunt servi. Saltem ergo de hac propositione quæstio est, an furtum servi & plagium servi coincidant, seu an quemadmodum omnis plagiarius servi est fur, ita & omnis fur servi sit plagiarius? Negantibus hoc & Callistrato & Hadriano, nec tamen differentiam distincte ponentibus, & hic operam dabimus, ut, quoniam non per leges expressas differentiam ostendere possumus, saltem ostendamus eam per conjecturas probabiles, quæque non pugnent cum legibus. Ex iis, quas glossa ponit, differentiis, primum, quod abee, qui [illegible] furtum committunt, non vero plagium, ut & secundam, quod corruptor servi ut fugeret, fur sit non plagiarius contra *d. l. pen. §. 2.* esse jam supra ostendimus. Restat ut examinemus distinctius tertiam glossæ differentiam; illum scilicet, qui servum alienum subripuerit, alio tamen animo, quam ut ejus exportationem domino celet, esse furem non plagiarium. v. g. Subripuit quis domino servum, sed post subreptionem dum dolo malo persuasit servo, ne iterum ad dominum priorem accedat, non celat eundem domino pristino, sed palam eodem ut servo proprio utitur. Hoc factum in furti crimen incidere certe est sine dubio, præsupposito nimirum, quod fraudulenter, i. e. dum sciverit, se non esse dominum servi & lucrifaciendi causa id perpetraverit suppressor. Sed non esse plagium ideo dicit glossa, quia non celat servum domino. Unde & *ad l. 1. ff. eod. tit. n.* commentatur: *An idem* (plagium committit) *si quis sciens vendat, vel emat servum alienum, vel alias contrectet? Respondeo. Sic, si animum celandi dominus* (legendum: *dominum*) *habuit, ut infra eod. l. pen. §. Lege.* Sine dubio autem Glossator ad hanc opinionem fuit commotus, quod in *d. l. pen. §. 2.* (cujus verba supra *p. 476.*

dedi-

dedimus) aliquoties videret occurrere vocem CELANDI. Verum ut & hac in parte a glossa recedam, plures me movent conjecturæ. Nam in *d. §. 2.* non solum is, qui servum alienum inscio & invito domino celaverit, sed & qui vinctum (an invinctum ? per supra dicta) habuerit, aut sciens emerit, plagii reus est, quas duas circumstantias a celatione separat JCtus. Deinde *l. 5. ff. eod.* statuitur, quod is, qui fugitivum alienum celasse docetur, non obstante eo, quod proprietatis quæstionem domino referret, plagii pœnam evitare minime possit, ex quo infero, quod & is, qui servum alienum subripuit, etiamsi postea illo palam utatur, vel proprietatem, vel aliud quid causetur, non liberatus sit a crimine plagii. Denique nulla apparet ratio, cur legislator ejusmodi furem servorum sub lege Fabia contineri noluerit. Certe non solum is fur est, qui rem nobis subreptam celat, sed & ille, qui vel eo semel subrepta eandem palam ad se transtulerit, non timens videlicet ut in furto deprehendatur, vel qui re furto sublata & clanculum ad se translata palam utitur. Imo in his posterioribus quo major est impudentia, eo majus quoque est peccandi cacoëthes, & propterea eo majore animadversione, vel saltem non leviore in ejusmodi delinquentes est opus. Simili ratione videretur contra rectæ rationis dictamen esse, si lex Fabia in istum furem servi furem animadvertere voluisset, qui eum post subreptionem celavit, eum vero impunitum dimittere, qui post interceptionem servo palam ut proprio, abjecto omni pudore, usus fuit. Pergo ad Antonii Matthæi differentiam primam, quod fur sit, qui servum etiam per vim intercipiat, non autem plagiarius, cum ad plagiarium requiratur, ut sine vi servum sit furatus. Hic superius ostendi, & textum & rationem Antonii Matthæi non firmiter concludere. Jam facili negotio etiam ostendere possum opinionem istam minus esse probabilem. Fur violentus improbior fur est, quam fur clandestinus *pr. Inst. de vi bon. rapt.* Quis ergo legislator hujusmodi furem impunitum dimitteret, nisi illud tritum sibi occini velit audire:

Dat veniam corvis, vexat censura columbas.

Nec est quod dicas; imo non impunitos mansisse ejusmodi fures improbos, sed jam legibus publicis vim coërcentibus fuisse notatos. Ergo non opus fuisse, ut lex Fabia illos de novo coërceret. Atqui antea ostendi & legem Plautiam & legem Juliam vim coercentes fuisse recentiores lege Fabia. Et præterea etiamsi demus jam ante latam Legem Fabiam aliquam legem contra vim Romæ in observantia fuisse; tamen ideo non necessarium fuisset, ut Fabius in lege sua exceptionem faceret de fure violento, quemadmodum secundum nostram hypothesin (a lege Fabia puniri etiam plagiarium violentum) non opus fuit, ut in lege Julia de vi diu post legem Fabiam introducta exciperetur fur violentus, tanquam jam lege Fabia notatus. Docet quippe Imperator *l. 1. C. h. t.* & hunc [redacted] lege Julia accusari posse. Altera Matthæi differentia, quod servum intercipiens, & in servi

furto deprehensus pro plagiario non sit habendus, uti nullo argumento probatur, ita & nequaquam esse probabilem, evincunt ea, quæ modo ad differentiam ultimam glossæ disseruimus. Restat igitur, quod ultimo loco supra Antonius Matthæi attulit discrimen, furem esse qui consilium ad furtum servi dedit, non vero esse plagiarium: quod solum aliqua ratione probabili niti mihi videtur. Quamvis enim supra p. 476. dixerim, & hic probationem desiderari, tamen etsi leges expressæ nos deficiant, non deficit tamen ratio, vel conjectura probabilis, legibus haud contraria, qua in præsenti materia nos contentos esse debere p. 477. monui. Jam vero certum est, etsi is, qui consilium dat ad crimen, suo modo etiam de delicto particeps, per ea, quæ latius tradunt Hugo Grotius *de J. B. lib. 2. c. 21.* & ibi commentatores ejus, certum tamen est etiam consilium nudum dantem & delictum non exequentem non æquale committere crimen, & consequenter non æquali pœna delicto semper proportionata esse dignos. Notandum vero ante omnia, quod vox consilii, ut & mandati sumantur vel late, ut unum de altero promiscue prædicetur, vel stricte, ut sibi invicem contradistinguantur, & tunc mandans est, qui alicui delictum aliquod gratis exequendum suadet in suam mandantis utilitatem; ita ut si absque mandante fuisset, mandatarius delictum non perpetrasset, consulens vero dicitur, qui in utilitatem ejus, cui dat consilium, certas quasdam circumstantias illi ad delictum perpetrandum suppeditat, ita tamen, ut ipse consulens nullam inde utilitatem sentiat, & alter delictum etiam perpetrasset, quamvis absque consulente fuisset *vid. Carpz. Crimin. qu. 4. n. 2. 3.* Hic consilium in sensu stricto accipimus. Quamvis igitur in Jure civili infinitæ leges deprehendantur, quæ & consilium eadem pœna, qua ipsum delictum esse puniendum asserunt, *vid. Ant. Matth. de crimin. Proleg. c. 1. n. 7. p. 8. & ad lib. 48. ff. tit. 18. c. 4. n. 18. p. 799.* Communis tamen schola DD. distinguit, fueritne reus & absque consilio peccaturus, nec ne: Priori casu existimat eum, qui consilium dedit, puniendum esse lenius, posteriori casu puniendum esse pœna ordinaria. Et secundum hanc distinctionem non solum dictos Juris civilis textus explicari posse statuit Anton. Matthæi *d. p. 799.* sed & secundum eam Carpzovius illum, qui homicidium mandaverit, a pœna ordinaria homicidii, adducto præjudicio, liberandum esse concludit *Crimin. d. qu. 4. n. 27. 31.* Unde & obiter infero a minori ad majus, quod secundum hanc distinctionem limitanda sint alia loca ejusdem Carpzovii eandem pœnam in mandantem & mandatarium decernentia, in crimine rapinæ *qu. 91. n. 21. 22. 23. 54.* abacti partus, *qu. 11. n. 10.* diffidationis *qu. 37. n. 43. 47.* incendii *qu. 38. n. 48. 49. 55* & veneficii *qu. 20. n. 32. 33.* Quo notato de illo jam nobis constare debet: An is, qui homini citra ipsius consilium servum intercepturo consilium absque ope suppeditat, & ita quidem, ut ipse consulens nullam spem habeat de lucro participando ex futura servi interceptione, eadem subsecuta, pro fure haberi, & in

in eum actio furti institui debeat? Nos putamus affirmandum esse per *l. 52. pr. & §. 19. ff. de furt.* non obstante *§. 11. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* utpote qui de consilio simplici loquitur & nudo hortamento, v. g. si quis absque determinatione personarum & modi alicui furtum suaserit. Nobis vero sermo est de consilio prægnante aut qualificato, quod Ulpianus *l. 50. §. 3. de furtis* describit: *Consilium dare videtur, qui persuadet & impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum.* Cum itaque ejusmodi consiliarios jam satis videatur punitum esse, quod etsi non contrectasset rem alienam, nec ullum lucrum inde sensisset, tamen actione furti in duplum conveniatur, ideo præsumendum est *arg. d. l. pen. pr. ad l. Fab. de plagiar.* legem Fabiam in eum nova & extraordinaria pœna advertere noluisse. Hæc est conjectura mea de sensu *d. l. penult. pr.* quæ tamen facile aliis meliora docentibus cedet. Cæterum cum supra *d. princ. l. 6.* cum dubiis, quæ in ejus lectione cuidam occurrere poterant & rationibus rescriptum Hadriani ut ineptum oppugnantibus recensuerimus, non pigebit idem cum periphrasi illud perspicue explicante, & rationes decidendi suppeditante, corollarii loco subjungere. Scilicet narraverat quispiam Hadriano in libello supplici, Titium v. g. servos alienos sollicitasse aut intercepisse; & quæsiverat, an is sollicitator, vel interceptor plagii teneatur nec ne? Respondet ei Hadrianus: *Servos alienos qui sollicitaverit aut interceperit, crimine plagii quod illi intenditur teneatur, nec ne, facti quæstio est;* [h. e. factum, quod tu mihi proposuisti; non sufficienter enumeravit circumstantias ad crimen plagii, ut & ad quodlibet furtum necessarias. Nam non omnis, qui servum alienum sollicitavit & intercepit, pro fure aut plagiario habendus est, sed qui id fecit dolo malo. Is enim qui justa opinione domini & bona fide servum, etsi revera alienum sollicitavit aut intercepit, nequaquam fur, aut plagiarius est *l. 3. ff. ad L. Fab. l. 8. C. eod.* Ergo quum tu de dolo malo intercipientis nihil proponis, proposita quæstio in facti recensione manca est] *Et ideo non me consuli de ea re oportet, sed quod verissimum in re præsenti* [coram judice super circumstantia doli mali] *cognoscitur sequi judicem oportet. Plane* [etsi forte judex eum ob interceptum servum alienum pro fure declaraverit] *sciri debet* [ne tu forte eundem & pro plagiario habeas] *posse aliquem furti crimine ob servos alienos interceptos teneri, nec idcirco tamen statim plagiarium esse existimari* [veluti si quis nudum consilium plagiario dederit, & ideo si is, de quo quæsivisti, & ipse ad interceptionem servi consilium saltem suppeditavit, nec is plagiarius erit.] Obliti pene fuimus Ulpiani nostri, cujus tamen gratia hanc etsi citra spem satis prolixam disputationem super intellectu *d. l. penult. pr. ad L. Fab.* instituimus. Ergo redeamus in viam, & quid ipse ad propositam quæstionem, de eo qui scortum libidinis causa suppresserat, an lege Fabia teneatur? respondeat, audiamus. ET NON PVTO, inquit, TENERI ET ITA ETIAM EX FACTO, CVM INCIDIS-

SET

SET DIXI. Ratio ex iis, quae jam disputavimus, in promptu est. Omne plagium servi est furtum, Ergo ubi non est furtum, ibi nec plagium. Jam vero dixerat JCtus eum, qui ancillam alienam libidinis causa suppresserat, furtum non committere, fluit ergo sua sponte, quod nec plagium committat. Notare hanc JCti decisionem debent illi, inter quos est Auctor *ex. ult. th. 15.* qui istam inter furtum & plagium servi notant differentiam, quasi furtum committatur lucrifaciendi animo, plagium non item. Si enim ista opinio procederet, haud dubie respondisset Ulpianus in proposita quaestione, istum suppressorem pro plagiario esse habendum, quia in praecedentibus satis demonstraverat, eum non lucrifaciendi causa ancillam rapuisse. Contra quos & illud denique observari velim, & crimen raptus evincere, quod ad plagium ejusque formale omnino requiratur lucrifaciendi animus. Nam & plagium committitur rapiendo liberum hominem, & raptus. Differentia autem inter plagium & raptum est, quod raptus fiat libidinis causa. *Struv. exerc. 49. th. 45.* h. e. non lucrifaciendi animo *arg. l. 39. ff. de furt.* plagium autem lucrifaciendi animo v. g. si quis virginem rapiat, ut eam vendat &c. cum secundum Autoris determinationem plagii haec potius inverti deberent, ut is, qui virginem v. g. rapit, ut iterum vendat, non plagiarius sit, sed fur simplex, quia raperet lucrifaciendi animo, e contrario is, qui virginem ad libidinem rapit, non raptor sit, sed plagiarius, quia lucrifaciendi animo deficitur. Sed ad Ulpianum nostrum. Hic ut non saltem ad quaestionem propositam responderet, sed & objectionem, quae contra decisionem suam proponi poterat, removeret, addit sequentia: HIC ENIM TURPIUS FACIT, QUAM QUI SURRIPIT: SED QUIA SECUM FACTI IGNOMINIAM COMPENSAT, CERTE FUR NON EST. Verba iterum, nimis obscura: ut nescias contra quam thesin ratio dubitandi sit directa. Ille, qui surripit ancillam libidinis causa, turpius facit, quam qui simpliciter surripit lucrifaciendi animo, verum est, sed quid inde concludi debet? An illud? Ergo qui ita ancillam intercepit, fur est? Ita quidem conjectari licet ex responsione Ulpiani contradicentis, quod fur non sit. At si hoc modo formata fuerit objectio, aperta laboraret ineptitudine concludendi, cum nequaquam sequatur; Hic turpius quid committit, quam fur, ergo fur est: Poterit enim esse adulter, homicida, blasphemus &c. An illud exinde debemus inferre: Ergo ejusmodi rapiens ancillam alienam non debet impunitus relinqui, cum tamen JCtus eum in lege nostra ab omni poena absolvere videatur, dum eum nec ut furem, nec ut plagiarium puniri posse asserit? Si is est sensus objectionis, uti videtur esse, non recte se habet responsio JCti diversum quid ab objectione respondentis. Objiciebatur enim, istum raptorem esse puniendum, & Ulpianus respondet eum non esse furem. De alio objectio loquitur, de alio responsio. Deinde nec ratio magis perspicua est, quam Ulpianus suppeditat: *quia secum*

facti

facti ignominiam compensat, sive eadem concludere velit JCtus, eum non esse furem, quod verba suadent, sive, eum non esse puniendum, quod objectio desiderat. Quid enim est hoc loco: eum qui, alienam ancillam rapit libidinis causa, scorti facti ignominiam compensare? Ut ingenue fatear ignorantiam meam, quid velit Ulpianus, capere nequeo. Compensatio semper est inter duos & diversorum debitorum mutuorum. Hic autem una persona raptor est ancillæ, duplici delicto conspicuus & raptu & libidine. Compensabitur igitur raptus ancillæ cum libidine, unum delictum cum altero delicto ejusdem hominis? Hoc vero est contra communem compensationis conceptum. Conatur equidem glossa hæc Ulpiani verba illustrare. *Sic*, inquit, *supra de jurejur. l. nam postea quam, & l. duobus, & arg. supra de offic. præs. l. ditos in fine.* Sed nec hic intelligo, quid textus allati ad explicationem legis nostræ faciant. Doctissimus Tabor *in racemis crimin. ad l. nostram 39. p. m. 207: In textu: AN TANTUM VEL FABIA &c. ratio decidendi obscura est. Sic autem declaratur a Petro Gregor. lib. 36. Syntagm. cap. ult. n. 10. Impunitatem consilium reum ob personæ, quam supprimit, vilitatem, quæ turpitudine vitæ indignam se legum animadversione reddiderit. Quinimo facti pœnitere supplementum facti ignominiæ, juxta illud Græcorum dicterium: Τὰ ἴσα πλημμελήματα* [illegible]. *Paria delicta mutua pensatione dissolvuntur cum peculiariter interest l. 10. §. 2. de compens. dissolvuntur l. viro 39. solut. matrim. l. 7. ver. amator.* Hic illam responsionem ad objectionem prolatam tolero de vilitate personæ, in quam fuit delictum commissum, nempe meretricis. Nam nec eum, qui meretricem liberam rapuisset libidinis causa, ut raptorem puniendum esse latius probat Ant. Matthæi *de crimin. l. 47. tit. 4. c. 2. n. 9. p. 147. seqq.* Sed hæc responsio verba JCti nostri non explicat. Et quamvis altera, quod is, qui scortum rapiat, satis puniatur facti ignominia magis ad mentem JCti accedat, non tamen convenit verbis ejus ex asse, nisi corrigere textum velis, & loco: *quia scorum facti ignominiam compensat*, legere, *quia scorum factum ignominia compensat*, aut quod probabilius: *quia scilicet eum facti* [facile enim contingere potuit, ut loco horum verborum, *quia scil. eum facti* legeret scriba: *quia scorum facti*] *ignominiam compensat*, quam conjecturam relinquo Criticis. Quod autem Tholosanus istam responsionem, & per eam Ulpiani verba declarare opinatur ex *l. 10. §. 2. de compensat. & l. 39. solut. matrim.* non assentior ob modo dicta, quia paria delicta quidem compensantur, si duæ sunt personæ delinquentes; At hic unus saltem delinquit & raptor nimirum; alter delinquens deficit. Hæc pro Ulpiano ejusque mente dicta sufficiant. Audiamus & Paulum in *l. 81. §. 2. de furtis*, de iisdem quæstionibus differentem. Ubi initio repetendum, desumtam esse *d. l. 81. ex libro secundo receptarum sententiarum Pauli*, ex quibus fere fragmenta illa, quæ cum doctissimi Jacobi Cujacii interpretationibus adhuc hodie circumferuntur *vid.*

Eberlin. de O. J. cap. 52. n. 30. p. 529. Jam si horum fragmentorum *tit. 31. lib. 2.* qui de furtis agit, evolvamus, deprehendemus nullum vestigium in eo *principii & §. 1. d. l. 82.* Paragraphus vero secundus qui est in *d. l. 82.* est *§. 11. in d. tit. 31. fragmentorum* cum variatione tamen initio notata. Imo & *§. ultimus d. l. 82.* reperitur in *d. tit. 31. §. penult. fragmentorum.* Sed & ibi verba quædam aliter sonant, quam in *d. l. 82.* scilicet hunc in modum: *Qui tabulas cautionesve subripuit* [lex. 82. *surripuerit*] *in adscriptam summam furti actione tenebitur. Nec interest* [lex. 82. *refert*] *cancellatæ nec ne sint, quia ex his debitum dissolutum interest comprobari* [lex. 82. *quia ex his debitum magis solutum esse comprobari potest.*]. Cum igitur non conveniat fragmentis cum textu *legis 82.* maxime, ut supra recensitum, quoad lectionem *§. 2. l. 82.* quam lectionem putabimus magis ad mentem Pauli esse? Hic forte ante omnia considerandum foret, unde hæc fragmenta sententiarum Pauli ad nos pervenerint? & qui eveniat, ut *d. l. 82. principium & §. 1.* ibidem plane non deprehendantur, *paragraphum 2.* vero *& 3.* insuper ita dispersos? Sed quemadmodum his meditationibus jam diutius vacare non est otium, ita tamen non dubito lectionem fragmentorum præferre lectioni *legis 82.* quia notum eruditis & in confesso esse arbitror, Tribonianum in consarcinatione centonum ex JCtis antiquis collectorum sæpissime arbitrium sibi sumsisse textus eorum pro lubitu corrigendi [jure an injuria, jam non disquiro] ita ut exinde acutissimus VVissenbachius argumentum peculiaris libelli elegerit, sub titulo: *Emblemata Triboniani:* in quo inter alia duplex specimen nobis exhibet ad opinionem nostram perquam faciens, conferendo nimirum *p. 339. legem. 14. ff. de statu hom. ex lib. 4. sentent. Pauli* cum *fragmentorum lib. 4. tit. 9. §. 2. & 3. p. m. 73.* & *p. 398. legem si quis aliquid 38. §. 8. ex lib. 5. sentent. Pauli* excerptam cum *fragmentorum lib. 5. tit. 25. §. 7. p. 93.* ac simul ostendendo, quam in dictis textibus & ob quam causam Tribonianus verba Pauli vel castraverit, vel aliquid eisdem addiderit. Idem ergo suspicor factum esse in præsenti loco *lib. 2. fragment. tit. 31. §. 11.* Qui MERETRICEM inquit Paulus, LIBIDINIS CAVSA RAPVIT ET CELAVIT, EVM QVOQVE FVRTI ACTIONE TENERI PLACVIT. Vides aperte hic a Paulo contradici sententiæ Ulpiani. Cæterum tamen hæc contradictio duplicem potest habere sensum. Nam & Ulpiani thesis in *l. 39. de furt.* & Pauli antithesis *h. l.* conceptæ sunt indefinite. Indefinitæ vero propositiones pro diversitate materiæ substratæ, uti ex Logicis notum est, possunt fieri vel universales, vel particulares. Jam si Ulpiani verba consideremus, videtur is in mente habuisse propositionem universalem negativam, quod NVLLVS, qui ancillam meretricem libidinis causa rapuerit, furti teneatur, quia rationem assertionis suæ in eo libidinis causa rapere ponit. At quia Paulus rationem suæ contradictionis non apponit, inde nescias, an indefinita ejus æquipolleat propositioni affirmativæ universali, an par-

particulari, praeprimis cum per utramque textu contradicamus propositioni universali negativae. Cogitemus ergo, quae secundum utrumque sensum pro Paulo contra Ulpianum disputari queant. Et primo quidem sicut secundum Pauli opinio, OMNEM qui libidinis causa meretricem ancillam (nunquam vir ancillam nominet, sed meretricis saltem faciat mentionem, probabile tamen est, eum non quamvis meretricem innuere, sed servam saltem, quia furti meminit in sequentibus, quod in libero homine non committitur,) rapuerit aut celaverit, furti teneri; dubitaret forte, an recte, ab Ulpiano in *d. L. 39.* opponatur animus lucrifaciendi animo libidinis. Notum quippe est in materia delictorum vocem lucri communi loquendi usu supponi multis modis, ita ut non solum 1. strictissime lucrum sentire dicatur delinquens, si a laeso bona fortunae ad se transtulerit uti in rapina, sed & 2. si bona fortunae perdiderit saltem, tam aestimabilia, uti in damno legis Aquil. (hic enim lucratur, quod potestatem sibi sumserit res alienas perdendi) quam 3. inaestimabilia, ut in homicidio, stupro &c. (ubi eadem est ratio. Conf. quae dixi *in philosophia juris p. 90. & seq.*) Vel ita dicendum: Delinquentem sentire lucrum aut late, & improprie, quoties laeso damnum dat circa bonum aliquod, etsi ex bono isto nullam utilitatem ipse laedens percipiat, sed solam voluptatem, aut stricte & proprie, ut non solum damnum sentiat laesus, sed etiam ex laesione insuper praeter jucunditatem, vel etiam absque hac utilitas aliqua in laedentem redundet. Jam quidem certum est, Lucrum in definitione furti pro proprio isto sumi, non pro improprio, & in eo potissimum esse differentiam inter damnum legis Aquil. & furtum *arg. L. 41. §. 1. ad l. Aquil.* sed interius tamen non statim certum est ac indubitatum, in quo praecise lucri, quod furtum facit, consistat essentia, ut non videatur operam perdere, qui de eo accuratius cogitaverit, quod mihi jam non licet. Sic v. g. etsi fur non sit, qui me praesente perdit rem meam aut etiam absente me eandem corrumpit, modo tamen eandem non transferat ad se; ita nullus dubito, quin is fur maneat, qui rem meam clanculum ad se jam translatam postea sponte corrumpit. An & depositarius, aut creditor fur erit rem depositam vel oppignoratam dolo malo corrumpens? Porro & utilitas, quam ex rebus alienis sentio, varia est, modo enim denotat utilitatem vel mea datione iterum compensatam, modo simplicem absque compensatione, modo utilitatem superfluam, modo summe necessariam ad vitae sustentationem. In materia contractuum notum est, illos contractus demum dici lucrativos, ubi alter nullam rursus a me accipit utilitatem, reliquos vero, etiamsi & ipsi utilitatem aliquam utrinque afferant, nuncupari onerosos. At in furto lucrum est, etsi ei, cui modo centum donaveram, decem clanculum auferam. In quaestione de moralitate ablationis annonae alienae in casu necessitatis, dixi *annot. ad init. tit. hujus s. p. 219.* quosdam Moralistarum istum actum ideo excusare, quod non fiat lucrifaciendi gratia, sed saltem ad

vitam sustentandam, quasi in materia furti lucrum sumatur item de superfluo; quod falsum est: Nam æque fures sunt, qui rerum ablatarum indigent, quam qui opibus abundant, quamvis in his major sit peccandi pruritus, quam in illis. Denique ad quæstionem nostram omnium maxime videtur facere distinctio, quod utamur bono vel ut mere jucundo, vel ut mere utili, vel ut mixto. Cujus distinctionis usus in materia furti ut percipiatur eo melius, ita pro Paulo contra Ulpianum differo: Is qui meretricem ancillam alienam rapit libidinis causa, ideo quia libidinis causa rapit, fur est; rapit enim, ut ea libidinose utatur: At qui rem aufert, ut ea utatur, habet animum lucrifaciendi, qui animum lucrifaciendi habet, ille (si reliqua furti requisita adsint, prout hoc loco præsupponimus) fur est. Nec est quod dicas; imo vero, impurus iste homo ancilla non utitur, sed abutitur. Imo vero, inquiet Paulus, non abutitur; et si vel maxime abutatur, tamen propterea fur esse non desinit. Non abutitur, quia utitur eam ad eum finem, ad quem destinata erat a domino, præsupposuimus enim casum de ancilla meretrice. Et si vel maxime ancilla ista fuerit non meretrix, tamen et ille subreptor, qui re abutitur, hoc est ad alium finem, quam vel dominus vel natura eam destinavit, utitur, fur est, (unde obiter vides, sive furem eum, qui libidinis causa ancillam rapuit, furem esse sive non esse, inter ancillam meretricem et non meretricem nullam esse differentiam.) Verum non obstante hoc argumento ad explicationem mentis Paulinæ prolato, pro Ulpiani sententia respondere potest, falsum esse, quod omnis ille, qui rem alterius rapit, ut ea utatur, furtum committat, cum secundum distinctionem allatam modus utendi omnino sit secernendus. Is enim, qui rem aufert, v. g. pecuniam, eum in finem ut illa utatur, tanquam bono mere utili, ad usus scilicet vitæ vel ad incrementum bonorum, haud dubie fur est. Deinde nec is, qui rem eam aufert, ut illa utatur, tanquam bono partim jucundo, partim utili, e furum numero venit eximendus. Neque hic refert, an ipsius intentio primaria respiciat utilitatem, an jucunditatem, modo bonum ipsum, quod aufertur primario ad usum non ad jucunditatem sit destinatum: cujus rei exemplum propono in illo, qui rem valde mihi caram contumeliæ causa aufert eamque detinet. Etsi enim hujus primaria intentio sit, ut ex contumelia hac jucunditatem sentiat, tamen si bonum, quod abripit, principaliter ad utilitatem sit destinatum, (h. e. quod pretium ejus bona mea augeat, si id detineam,) ideo non magis furto liberabitur ac ille, qui saccum pecuniæ plenum abripiens furti etiam sacci nomine tenetur, etsi primaria ejus intentio non sit sacci abripiendi *vid. l. 27. ff. de furt. et Autorem hoc tit.* Notum equidem est mihi, communiter Doctores in explicanda definitione furti ad verbum: *lucrifaciendi causa:* commentari solere: ablationem rei alienæ fraudulosam, si alia intentione fiat in aliud genus delicti cadere; et v. g. si contumeliæ causa injuriam esse, eamque in rem adduci legem ipsius Pauli *53. pr. ff. de furt.* in qua JCtus, cum

qui

qui *injuriæ causa* januam effregit, quamvis inde per alios res amotæ sint, a furti crimine absolvit. *Vid. ex pluribus, Vinn. in not. ad §. 11 Inst. de oblig. quæ ex delicto nasc.* Sed quia hic auctor per ea, quæ jam supra *p. 472. 474.* observavimus speciali ratione [illegible], ideo nolumus [illegible] regulam generalem excipere, & ejus decisionem ad illum, qui [illegible] causa rem [illegible] ipse subripit, [illegible] apparente satis [illegible] diversitate casus *d. l. 39.* applicare. Alia ratio est ejus, qui libidinis explendæ causa ancillam alienam meretricem subripit. Hic enim si non intentionem habeat ancillam in bonis detinendi, sed expleta libidine domino restituendi, ancillam abstulit, ut ea utatur non tanquam bono utili, sed tanquam bono mere jucundo; & propterea nec ejus intentio fuit, ut lucrum exinde faceret, & bona sua pretio ancillæ augeret, & consequenter furtum in ea non commisit. Eadem iterum est ratio, ubi ancilla non sit meretrix. Quamvis enim hic accedat deterioratio aliqua in corpore ancillæ, & fortassis etiam in ejus pretio, tamen quia propterea nullum lucrum accessit bonis raptoris, nec hæc actio ad furtum pertinebit, sed propter deteriorationem raptor Lege Aquilia tenebitur. Hæc de primo intellectu verborum Pauli. Venio ad *alterum* eumque particularem. Poterant enim eadem & ita intelligi, ut *sensus* eorum sit iste, quod QUIDAM, qui ancillam meretricem libidinis causa *rapuerit*, [illegible], furti teneatur. Ad hujus sententiæ veritatem ostendendam poterant adversus responsionem explicationi sensus universalis datam sequentia urgeri. Concedat itaque Paulus Ulpiano, eum, qui ancillam meretricem libidinis causa rapuit, furem non esse, si *illico habeat simul intentionem eandem, libidine expleta, domino restituendi*: At vero, inquiat Paulus, non omnis, qui ancillam meretricem libidinis causa rapit, de restitutione simul cogitat. Non ergo debebat Ulpianus verba sua ita generaliter ponere, sed limitationem istam *d. l. 39.* inserere? Quid enim si is, qui ancillam subripuit, intentionem habeat ea ad longum tempus utendi, nec de restitutione cogitet? Hic sane æque videtur furti teneri ob ancillam subreptam, ac ille, qui ob [illegible] subreptum furti teneri dicitur in *d. l. 77. ff. de furt.* Quemadmodum enim hic posterior secundum explicationem Auctoris [illegible] habet intentionem saltem secundariam [illegible] lucrandi, ita & ille: primaria quidem intentio erat expletio libidinis, sed secundaria tamen simul intentio & per consequentiam tendit ad retentionem ancillæ, & per ejus pretium bona subreptoris augentur; adeoque subripuit ancillam, ut ea utatur, tanquam bono jucundo simul & utili, qualem intentionem diximus modo, ad furti constitutionem sufficere. Eadem ratio erit iterum in ancilla non meretrice libidinis causa rapta. Imo [illegible] quidem ad sententiam Pauli tuendam videtur opus esse, ut subripiens non habeat animum restituendi ancillam. Quid si enim quis ancillam seu meretricem, seu non meretricem rapuerit cum duplici intentione primaria, una libidinis explendæ, altera lucrifaciendi? v. g. ut neque libidinem suam ex-

pleat, quam bona sua augeat, aut certe non diminuat. Finge Titium ancillæ fruendæ desiderio flagrare, nolle tamen domino ancillæ eandem locanti mercedem quotam solvere, sed subripere ancillam cum intentione æquali & stuprandi ancillam & mercedis lucrandæ causa. Non video cur hujusmodi raptor a crimine furti sit excusandus, quamvis in hoc casu, si actio furti sit instituenda, non videatur duplicandum aut quadruplicandum pretium ancillæ, sed mercedis interceptæ. Si igitur forte hæc mens fuerit Pauli *in dict. loc. 5. sententiarum tit. 31. §. 12.* tantum abest ut ab ejus sententia recedendum putem, ut potius istas duas limitationes [scilicet tum demum raptorem libidinosum ancillæ meretricis seu non meretricis a furto excusari, si habeat intentionem eandem libidine expleta domino restituendi, nec simul intendat aut receptionem mercedis a domino lenone defraudare,] sententiæ Ulpiani in *dicta lege 39. de furt.* addendas arbitrer, & mediantibus iis [de quibus forte Ulpianus tunc temporis non cogitavit quidem, sed tamen si cogitasset, easdem probabiliter addidisset] Ulpianum cum Paulo conciliare. Jam quid Tribonianus fecit? Hic cum *l. 82. ff. de furt.* ex *libro secundo sentent. Pauli* excerperet, & in prolata verba incideret, & nimis recens recordatio esset eorum, quæ quoad istam quæstionem ex Ulpiano collegisset in *l. 39. de furt.* quibus prima fronte sententia Pauli non videbatur congruere, ne frustra in præfatione Pandectarum gloriaretur, nihil dissonum in iisdem reperiri, cogitavit, quomodo interpolatione quadam antinomiæ isti succurrendum esset, & cum in *l. 39.* videret Ulpianum non solum libidinis mentionem injicere, sed & de ancilla meretrice loqui, de genuina *ratione decisionis* parum sollicitus sufficere putavit, si aliquantum saltem differentiam inter textum hos faceret, & ita in textu Pauli ex meretrice fecit NON meretricem, male propterea de ingeniis nostris meritus, nosque revera miseros & bis terque miseros reddens, quod ipsius culpa inter scopulos jactemur, ut de eo in simili causa conqueruntur Francisc. Hottomannus. *3. obs. 9.* & Franciscus Balduinus *lib. 2. Justinianei p. 129.* citati a Wissenbachio *in suo emblematum Triboniani.* Neque contentus hac interpolatione, cum in *d. l. 39.* recordaretur, Ulpianum ibidem una *fidelia* adhuc alium parietem dealbasse, & ex eodem principio ejusmodi raptorem ancillæ meretricis a crimine plagii absolvisse, ut & *ingenium* suum de ancilla non meretrice ulterius extenderet, addidit textui Paulino & hujus quæstionis decisionem de qua tamen Paulus ibidem ne quidem cogitaverat, scilicet suppressorem ancillæ non meretricis pœna legis Fabiæ teneri. Nam si secundum mentem Pauli ad quæstionem istam respondendum fuisset, dixisset equidem subreptorem & ancillæ meretricis & non meretricis, lege Fabia teneri, argumento eorum, quæ in antecedentibus diximus. Si enim ex sententia Pauli omnis raptor ancillæ libidinis causa fur est, sequetur ut & sit plagiarius, quia supra demonstratum illum furem servorum saltem a crimine

Pla-

Plagii eximi, qui consilium nudum dederit. Sin vero Pauli opinio fuerit, quod quidam raptor libidinosus ancillæ furtum committat, tunc secundum duplicem hujus explicationis casum diversimode etiam ad quæstionem de plagio esset respondendum. Is qui animo non restituendæ ancillæ eandem libidinis causa subripuit domino, quia iterum est fur ancillæ, erit quoque plagiarius. At is, qui ancillam libidinis causa rapit cum intentione eam quidem domino restituendi, sed intercipiendæ tamen simul mercedis postulatæ, is plagiarius non erit, etsi fur sit, quia furtum non committit in ancilla, sed in mercede intercepta, et plagium est furtum hominis. Nihil restat, quam ut respondeamus doctissimo Tabori lectionem communem *d. l. 82. §. 2.* & ita distinctionem inter ancillam meretricem & non meretricem defendenti. Ita autem inquit *Racemat. 3. ad tit. de furt. §. 16. p. 99. Nos veterem distinctionem probamus inter ancillam meretricem, & non meretricem, quam tradit Scholiastes lib. 60. Eclog. cap. 76. p. m. 398. Laudat Cujacius ad Paulum 2. sentent. 31. §. 10. elegantiusque declarat ipse Bachovius ad VVesenb. hic n. 6.* Sed huic declarationi Bachovianæ jam supra respondimus *p. 214.* Latius hanc opinionem suam vir Consultissimus illustrare allaboravit *ibid. in indice Legum tituli ff. de furt. ad d. l. 82. §. 2. p. 282.* Nos ipsius verba recensentes brevitatis studio immiscemus statim iis per modum parentheseos responsionem aut declarationem nostram. *Quamvis enim*, inquit, *ex fine & intentione delicta comprimis æstimentur*; [atque ita etiam raptus ancillæ non meretricis libidinis causa factus videatur a furti crimine eximendus *arg. l. 39. pr. de furt.*] *quia tamen finis duplex hic occurrit, initio, subducendi eam, quam sine corruptione & damno domini subducere quis non possit, deinde intentio flagitium committendi venereum, atque certe est domino utilioris actionis compendium non invidere.* [Per utiliorem actionem hic actionem furti haud dubie intelligit, eamque non ex intentione flagitium venereum committendi derivat, alias enim & raptor ancillæ meretricis fur esset contra *d. l. 39. pr. h. t.* sed EX INTENTIONE SUBDUCENDI EAM, QUAM SINE CORRUPTIONE ET DAMNO DOMINI SUBDUCERE QUIS NON POSSET. Singula verba hic consideranda. INTENTIO SUBDUCENDI nuda non potest causa esse furti, quia alias iterum raptorem ancillæ meretricis crimini furti subjiceret. Quod vero subductio hæc non possit fieri SINE CORRUPTIONE ancillæ non meretricis, illud initio non caret dubio. An enim loquitur de corruptione corporis, aut de corruptione animi. Si prius, nova iterum distinctione opus esset inter ancillam non meretricem, virginem, & non virginem: In hujus corpore nulla corruptio timenda, secus in illius. Si posterius, certum est iterum, si illa ancillæ non meretrix vi superetur a raptore, non corrumpi ejus animum, cum non assentiatur delicto. Deinde esti demus etiam subductionem fieri nunquam posse sine corruptione animi & corporis, corru-

ptio-

pulo tamen servorum alienorum non producit furti actionem, sed vel legis Aquiliæ, vel servi corrupti. Idem respondere potest ad id quod dicitur: subductionem non posse fieri absque DAMNO DOMINI. Nam & hoc loco quæstio secundum modo memoratam distinctionem definienda. Si ancilla non meretrix fuerit virgo, dicimus quidem corrumpi ejus corpus, sed hic inquirendum foret in Romanis antiquitatibus, an ancillæ virginis majus fuerit pretium, quam non virginis? tum tamen dicendum, domino propter ejusmodi depretiationem jam succurri per actionem legis Aquiliæ. In non virgine cum quoad corpus non corrumpatur, nec quoad corpus damnum sentiet dominus; & ex rationis identitate, nec damnum sentiet dominus quoad animum, si vi stupretur ancilla rapta. Quod si post raptum in stuprum consentiat, damnum quidem ob animi deteriorationem sentit dominus, sed hic tamen ipsi jam per actionem servi corrupti fuit consultum, ut & priore casu, si vi stuprum passa fuerit arg. §. *sed nisi §. Instit. de obligat. quæ ex delict. nasc.* Si vero illud damnum intelligat Dn. Tabor, quod dominus cogatur interim carere operis ancillæ, donec raptor libidinem suam in ea expleverit, & respectu hujus habebit actionem legis Aquiliæ utilem, aut ad interesse. Ut taceam hujusmodi damnum etiam adesse in rapta ancilla meretrice. Breviter: damnum læsi absque furandi intentione nunquam producit actionem furti.) *Sufficit enim hoc furtum esse, quod furtum tandem commissum sit d. l. 39. ibi: non factum.* (Sed veritas hujus assertionis per d. l. 39. non probatur: Etsi enim ibi dicatur: in furto non factum, sed intentionem considerari debere, ostendimus tamen modo, intentionem in raptu ancillæ non meretricis, non magis facere furtum, quam in raptu ancillæ meretricis.) *Nec potest animus lucri faciendi ancillæ plane excludi ab eo, qui alterius ancillæ non meretricis illicita consuetudine potiri diu potuerit, facit l. 77. cit.* (Imo potest excludi, si modo habeat animum, ancillam non retinendi in bonis suis, sed expleta libidine restituendi domino. Aut si hunc non habeat raptor, ostendi in antecedentibus, & raptorem ancillæ meretricis pro fure habendum. Quod autem lucrum libidinis non nisi per raptum impletæ concernit, & aliud supra probatum fuit, lucrum boni jucundi mere talis in furto non considerari. Denique l. 77. *de furt.* huc non facit. Nam ibi is, qui propter lucrum semel furti tenetur, etsi non habuerit animum principaliter lucri furandi, habet tamen furto semel commisso animum lucri non restituendi, at hic raptor ancillæ non meretricis habet animum restituendæ ancillæ. Porro ibi de facto principali constabat, quod sit furtum, hic de facto principali movetur quæstio. Ultimo isto argumento, quo *ex. d. l. 77.* aliquis concludere volet, raptum ancillæ non meretricis esse furtum, concluderemus etiam raptum ancillæ meretricis furtum esse, & sic relata distinctio inter ancillam meretricem corruet.) *Certe usum honestæ mulieris surripiens domino compendium quotidianum intervertit. Clud. de cond. furt. c. 31. n. 67.* (Atqui hæc ratio non

non probat animum lucrifaciendi ex parte lædentis, sed saltem damnum ex parte læsi, quod modo rejectum. Et idem damnum respectu domini est eademque injuria respectu damnum dantis, an intervertatur usus mulieris honestæ, an inhonestæ) *sibique mercedem victitans miserabilis ex usu impiorum hominum & ad Stygis supplicia damnatorum solvendam l. 4. §. 3. de cond. ob turp. caus. fur lucrifacere nititur.* (Hæc locutio quemadmodum paululum obscura est, ita lucrum, quod hic describitur, figura non caret; quale in furto non quærimus, sed proprie dictum. Si enim ejusmodi lucrum, quale hic describit Dn. Tabor, furtum faceret, sequeretur & homicidia & veneficia, & in genere omnia crimina, sive a nobis ipsis perpetrata, sive ab aliis instinctu nostro, furtorum nomine venire, quia tum verba Dn. Taboris quocunque modo ea explicentur, eodem modo, quo ipse ad casum præsentem aptat, iis adaptari possent.) *Secus ac in ancilla meretrice, ubi in inspectionem solvente ancillas tales quadam facti ignominia Servitur d. l. 39. in fine ibi:* [Sito differre dominum ancillæ meretricis & non meretricis, illumque aliquo modo pro infami haberi, quamvis id ex *d. l. 39.* ut statim videbimus, non probetur, tamen hæc differentia nihil ad raptum ancillæ meretricis. Et quamvis exinde concludere velis dominum ancillæ non meretricis digniorem esse actione aliqua domino ancillæ non meretricis, tamen neque istam consequentiam facile concederem, quia de actionibus civilibus, qualis etiam est furti actio, jam sumus solliciti, quæ haud dubie spectant ad Justitiam commutativam, Justitia vero commutativa non habet respectum personarum; neque, si vel maxime concederem, consequentia ista quicquam faceret ad quæstionem præsentem, cum jam non quæratur, an dominus ancillæ non meretricis dignior sit præ domino ancillæ meretricis actione aliqua? Sed an rapiens ancillam meretricem diversum delictum committat ab eo, qui rapit non meretricem, adeoque non qualitatem actionis, sed rei consideramus. Neque Ulpianus in *l. 39. h. t.* rationem decisionis ab indignitate domini desumit, sed ex mera rapientis intentione, quod libidinis causa rapuerit. Provocat equidem Vir doctissimus ad verba finalia *dict. l. 39.* SED QVIA SECUM FACTI IGNOMINIAM COMPENSAT; CERTE FUR NON EST, quæ hoc loco ita explicare videtur, ac si eorum sensus sit: raptorem ancillæ meretricis ideo non esse furem, quia propriam facti scil. raptus ignominiam compensaret cum ignominia facti dominici, quod scil. is meretrices foviset. Sed quemadmodum jam supra aliam Dn. Taboris, Petrum Gregorium secuti, explicationem ad *d. l. 39. verba prolata*, eamque meliorem recensuimus, ita hanc explicationem, qua facti ignominia ad dominum ancillæ refertur, non tolerat vocabulum SECUM, quod expungendum & ejus loco ita legendum foret: Sed quia CUM DOMINO facti ignominiam compensat, quod esset audacter nimis textum *d. l. 39.* corrigere.] *Utrumque enim H. Grotius in not. Judaizantibus ad cap. 2. Jobi vers. 1. scribat: Meretricium vitæ genus eo tempore apud quas tam gentes vile magis, quam flagitiosum ha-*

habitum fuisse, cum alia longe fuisset Hebræorum etiam ante legem disciplina Gen. 38. vers. 24. [Quemadmodum sane apud Corinthios & Babylonios quondam fuerunt fana Veneris ita opulenta, & plures quam mille habuerint sacrorum famulas meretrices, quas Veneri viri mulieresque dedicassent, ut Herodot. lib. 1. Strabo lib. 8. Suidas in verb. [illegible] *aliique post hos prodiderunt] Romani tamen meretriciam consuetudinem turpitudinis probro palam notarunt l. probrum 41. cum seqq. de R. N. l. idem 4. §. sed & quod 3. ibi: illum turpiter facere quod sit meretrix de cond. ob turp. caus. l. ult. C. si mancipium ita venierit, Novell. 14. Harmenop. lib. 2. tit. 4. In honestiorum virorum prædiis [quæ ipsi locaverant ad alium fructum] lupanaria exerceri indigne tulerunt l. 27. in fin. de hered. pet. ubi Sabard. ipse ignaris. Nam quasi talium turpitudinum vix possent dici honesti viri per l. 15. de condit. instit. quippe cum ejusmodi factum infamare soleat l. 1. ibi: qui lenocinium l. 4. §. 2. de his qui not. inf. l. 8. & seqq. ad l. Jul. de adult.* [Quæ hic prolixe de infamia lenonum afferuntur, quemadmodum nescio an etiam recte ad dominos lenones ancillarum suarum applicentur, cum textuum allatorum nullus probet lenocinia ejusmodi punita fuisse, & si otium permitteret, forte ex Antiquitatibus Romanis facile doceri posset, lenocinia ancillarum propriarum in Republ. Romana tempore Ulpiani & Pauli non solum tolerata, sed &, cæteris paribus, permissa fuisse, ita ad quæstionem præsentem per dicta *p.* parum conducunt, ut non opus sit in eorum disquisitione accuratiore ut nos detineamus.] *Et hæc forsan illis, quæ Bachovius ad VVesenbecium hic n. 6. notat, videbantur esse præferenda. Adde Mornac. ad l. probrum 41. de R. N. ubi de usu hodierno, an is, qui meretricem rapit pœna l. un. C. de rapt. virg. teneatur, late disserit Th. Marcell. ad §. 1. Instit. hic p. 556.* [Atqui Bachovii illam declarationem Noster supra *p.* elegantem esse dicebat, jam quod acceptamus ejus impertinentiam tacite confessus. Quæstionem: An raptor meretricis pœna *legis un. C. de rapt. virg.* teneatur? Satis accurate etiam tractat Ant. Matth. *l. 48. tit. 4. c. 2. n. 4. p. m. 447. seqq.*] Quæ hactenus circa *l. 39.* & 81. de furtis disseruimus, illis non minimam lucem accedere arbitror ex *l. 6. in pr. ff. ad L. Jul. de adult.* INTER LIBERAS TANTUM PERSONAS, inquit ibi Papinianus, ADVLTERIVM STVPRVMVE PASSAS, LEX JVLIA LOCVM HABET, QVOD AVTEM AD SERVAS PERTINET, ET LEGIS AQVILIÆ ACTIO FACILE TENEBIT, ET INJVRIARVM QVOQVE COMPETIT. NEC ERIT DENEGANDA PRÆTORIA QVOQVE ACTIO DE SERVO CORRVPTO: NEC PROPTER PLVRES ACTIONES PARCENDVM ERIT IN HVJVSMODI CRIMINE REO. Item *ex lib. 2. sentent. Pauli tit. 26. §. antepen. p. m. 52.* ANCILLARVM SANE STVPRVM, NISI DETERIORES FIANT, AVT PER EAS AD DOMINVM AFFECTET, CITRA NOXAM HABETVR. Ubi quidem vastum ineruto se offert disserendi pelagus, quid in adducto Pauli loco significet AD DOMINVM

NUM AFFECTARE, & an forte legendum? AD DOMINIVM? quid item significet hoc loco? CITRA NOXAM HABERI? Sed cum jam praeter opinionem & propositum nostrum discursus praecedens in longiorem magnitudinem excreverit, ea quae hic dici poterant; quaeque circa propositas quaestiones meae sint cogitationes, aliis cogitandas relinquo & in viam, unde digressus fueram, redeo.

NON OBST. L. LXXVII. DE FURTIS] Scil. non obstat assertioni illi, quod furtum fiat lucrifaciendi gratia. Dicitur enim in *d. l. 77.* quod is, qui saccum pecunia plenum subripuerit, furti teneatur, etiam sacci nomine, quamquis non sit ei animus sacci subripiendi.

SED PROPTER ALIUD] Modo & illud aliud [illegible] bonum utile, non si saltem bonum jucundum. Vide dicta supra p.

INCORPORALIS ENIM TANGI NEQVIT] Verum est, rem incorporalem tangi non posse, sed si inde concludere velit Auctor, ergo nec furtum rei incorporalis fieri posse, fallitur. Quemadmodum enim ex Jure civili aliàs notum est, res incorporales proprie loquendo nec mobiles esse, nec immobiles, quandoque tamen & in quibusdam casibus illas, quae rebus mobilibus adhaerent; mobilibus, quae immobilibus, immobilibus annumerari solere; ita & hic dixerim, in illis quidem rebus incorporalibus, quae adhaerent rebus immobilibus, non committi furtum, quia nec rerum corporalium immobilium furtum est §. 2. *Inst. de usucap.* at in iis, quae rebus mobilibus adhaerent, omnino furtum committi. Nam in usu & possessione rerum mobilium furtum committitur. At possessio & usus nihil aliud sunt, quam res incorporales. Nec est quod dicas harum rerum incorporalium nunquam fieri furtum absolute, sed saltem per consequentiam, quatenus nempe rei corporali furto sublatae cohaerent; Nam notae duae subsequentes ostendent ex Philosophia JCtorum rerum incorporalium furtum committi, etiamsi furtum in re corporali, cui adhaerebat incorporalis illa, nequaquam commissum fuerit. Etsi negari non debeat, furtum rei incorporalis fieri nequaquam posse, nisi INTERVENTU rei corporalis, h. e. nisi res corporalis simul auferatur, quae ablatio tamen non semper efficit, ut in ipsa [illegible] corporali furtum sit commissum. Et hoc ipsum est, quod dicit Pomponius in *l. 75. h. t.* quam Auctor ad confirmandam opinionem suam sed perperam adducit: *Is*, inquit, *qui simulabat se procuratorem esse, effecisset, ut vel sibi, vel, cui me delegabit, promitteram, furti eum eo agere non possum, quoniam nullum corpus INTERVENISSET, quod furandi animo contrectaretur.*

UT LIBERI HOMINIS] Liberi hominis furtum fieri dicit Tribonianus §. 9. *Inst. h. t.* Quid ergo nos dicemus, qui [illegible] explicatione legis 39. & 82. *h. t.* saepius diximus, inter furtum & plagium eam esse differentiam, quod furtum in libero homine non committatur, sed tamen plagium? Respondeo; hausit hoc Tribonianus ex Paulo, qui

Digitized by Google

l. 14. §. 13. & l. 38. §. 2. furti actionem concedit ob liberos homines subreptos, ex quo male conclusit Tribonianus *d. l.* etiam liberorum hominum furtum fieri, cum tamen liberi hominis nulla sit æstimatio *l. 1. §. 5. de his, qui dejec. l. 3. si quadrupes paup.* & præterea furtum sit contrectatio rei alienæ *l. 45. ff. h. t.* h. e. ejus, quæ est in dominio alterius: Liberi homines vero non sunt in dominio. Quod vero Paulum attinet; aliud [illegible] furti actionem competere ob liberos homines subreptos, aliud: furtum committi in liberis hominibus. Ergo quod ob liberos homines subreptos datur furti actio, est ob contrectationem usus eorum & quasi possessionis *arg. §. 1. Inst. h. t.* seu potius juris, quod Pater habet in filio. Inde etiam secundum communem Dd. explicationem *ad §. 9. Inst. h. t.* in actione furti duplicabitur aut quadruplicabitur non æstimatio filii, quæ tanquam liberi hominis nulla est, sed interesse Patris, qui caruit operis filii. Inde actio furti non matri, sed soli patri competit *d. l. 38. pr. de furt.* Inde denique non datur hoc casu condictio furtiva *d. l. 38. §. 1.* cum soli domino *l. 1. de condict. furt.* qui hic iterum non est, condictio furtiva competat. Et hoc est primum exemplum ejus, quod furtum committatur non in ipsa re corporali, sed ejus INTERVENTU in re incorporali, isti rei ablatæ cohærente. *Conf. Tabor. racemat. 2 ad tit. de furt. §. 33. p. 55.*

REI PUBLICÆ, SACRÆ, RELIGIOSÆ] Harum quidem rerum furtum fit, si furtum consideretur moraliter & theologice, non tamen fit furtum juridice, h. e. ob ejusmodi res non datur actio furti, sed ablatio hujusmodi cadit in crimen publicum peculatus & sacrilegii *l. 1 ff. ad l. Jul. Pecul. Conf. Tabor. d. l.*

SED ALIENÆ] *Adde §. 6. Inst. hic Paulum lib. 2. senten. tit. 31. pr.* verum tamen & suæ seu propriæ rei furtum quis committit, Triboniano Auctore §. *10. eod.* Satis inconvenienter itaque, & rectius Aristoteles *lib. 5. Ethic. ad Nicom. cap. 5.* μοιχεύει δὲ οὐδεὶς τὴν ἑαυτοῦ γυναῖκα, οὐδὲ τοιχωρυχεῖ τὸν ἑαυτοῦ τοῖχον, οὐδὲ κλέπτει τὰ ἑαυτοῦ, Paulus *d. l. §. 20. Rei nostræ furtum facere non possumus.* Huberus *ad Inst. h. t. th. 8.* inconvenientiam istam tollere allaborat, si dicamus furtum non rei propriæ, sed, in re propria committi. Clarior erit, si dicamus furtum hic non fieri rei propriæ, sed juris alieni, quod alius habet in re propria. Nec unquam JCti veteres dixerunt hoc casu furtum rei propriæ, aut in re propria fieri, sed saltem, dominum pignus subripientem furti actione teneri *l. 12. §. 2. l. 19. §. penult. l. 79. ff. h. t.* & subtilitur Paulus *d. l. §. 18. Rem pignori datam debitor creditori subtrahendo furtum facit:* non addendo scilicet cujus rei furtum faciat. Habes hic alterum exemplum rei incorporalis INTERVENTU rei corporalis furto sublatæ, quamvis in re corporali ipsa furtum non fiat.

SEMPER FIT DOMINO] Scilicet principaliter. *Adde Tabor. d. racemat. 2. §. 28. p. 33.*

SI RES COMMODATARIO SUBREPTA FUERIT] Uterque & commodatarius & creditor

ditor furti actionem habet, si a tertio res commodata vel oppignorata surripiatur. At si ab ipso rei domino, differentia est. Paulus *d. l. 2. fin. tit. 31. §. 10. Si rem, quam tibi commodavi* [ita enim legendum puto pro: *commendavi*] *postea surripui, furti actio competere tibi non poterit. Rei enim nostræ furtum facere non possumus.* Rationem differentiæ Paulus ponit, quod sit res nostra. At hæc ratio etiam in re oppignorata adest, qua tamen non obstante Paulus ibidem pignus subtrahendo dominum committere furtum asserit. Quin imo nec in re commodata a domino subrepta, quatenus propria est, furtum committeretur, sed quemadmodum in pignore diximus dominum esse furem, respectu possessionis alienæ, in re sua, ita etiam videtur hic dici posse, dominum esse furem respectu usus alieni in re sua. At etiam in usu rei furtum committitur, fatente ipso Paulo *l. 1. §. 3. de furt.* unde etiam est, quod adversus tertium commodatario detur actio furti. An forte hæc est differentia, quod creditor habeat jus firmius in re oppignorata, actionem nimirum realem producens, cum saltem commodatarius habeat jus ad rem? Sed & sic tamen differentia ostendenda foret, cur hoc jus ad rem in commodatario actionem furti producat adversus tertium furem rei commodatæ &c. Dubium omne tollet Paulus *l. 15. §. 1. & 2. ff. h. t. vide ibi Tabor. p. 198.*

SIVE AB IPSO DEBITORE] *l. 12. §. 2. l. 19. §. pen. l. 79. ff. h. t.* Non obstat *l. 22. pr. de pign. act. & l. 15. pr. de furt.* ubi dicitur, quod creditor, si contra tertium furem rei oppignoratæ, actionem furti instituerit, quicquid inde ceperit, debeat creditori imputare, & quicquid debitum excedit, præstare debitori debeat, ex quo videtur inferendum, quod nec adversus debitorem ipsum furem actio pœnalis institui possit. Nam respondet Ulpianus *d. l. 22. pr.* in hoc casu esse exceptionem, sine dubio ideo, ne delicta maneant impunita. *Conf. Tabor. racemat. 2. §. 63. 64.*

VI. Estque vel manifestum, *quando fur in ipso furto, vel antequam ad locum destinatum cum re furtiva pervenerit, ab ipso domino rei alio deprehenditur. §. 3. Instit. h. t. l. 3. 4. 5. π. de furt. Idque vel manus injectione, vel solo visu, modo hic acclamatur. arg. l. 7. π. h.* Vel nec manifestum, *quando fur non ita deprehenditur. §. 3. Instit. l. 8. ff. de furt. Vel, quod dum fieret, inventum non fuit, factum tamen fuisse probatur. Cajus lib. 2. Inst. tit. ult. §. 2. Hoc tenentur & ii, qui scientes rem furtivam suscipiunt & celant. d. §. 4. Instit. l. 14. C. eod. Et ex Sabino Gellius narrat 11 N. A. 18. furem esse hominis judicatum, qui, cum fugitivus præter oculos forte domini iret, obtentu togæ, tanquam se amiciens ne videretur a domino,*

Furtum manifestum.

Nec manifestum.

Digitized by Google

* *Qui eadem pœna cum fure afficiendi. d. l. 14. l. uni. C. de crim. pecu. Erant olim & furti oblati, concepti, prohibiti & non exhibiti distinctiones: Sed quæ actioni potius, quam ipso furto cohærebant. d. §. 3. 4. Instit. d. t. Hodie incognitæ, quum furtorum inquisitio fiat autoritate Magistratus, si urgentia adsint indicia. Ex circumstantia temporis aliud dicitur diurnum, aliud nocturnum. Hoc atrocius & extraordinarie punitur, & LL. XII. Tabb. furem nocturnum deprehensum occidere licet. Diurnum non aliter, ac si se telo defenderit, ut tamen utroque casu cum clamore id testificemur. l. 4. π. ad L. Falcid. Seneca in excerpt. controv. lib. 10. c. ult. Gellius lib. 11. c. ult. Ulpian. in collat. jur. Mosai. tit. 7.*

Diurnum. Nocturnum.

AD THES. VI.

VEL MANIFESTUM] Naturam furti manifesti omnium optime exponit Tabor *racemat. 2. §. 11. - 19.* omnino legendus.

VEL NEC MANIFESTUM] Vide iterum Taborem *d. l. §. 19. 20. 21.* An & hujus distinctionis hodie usus sit? quæritur. Affirmatur per ea, quæ habet idem Tabor *d. l. §. 21.*

NON ALITER AC SI SE TELO DEFENDERIT] Imo nec nocturnum licet *arg. l. 9. ff. ad L. Corn. de sicar.* Resp. successu temporum in republ. Romana a rigore legis 12. Tabb. recessum fuisse. *A. Matth. de crim. lib. 47. tit. 1. c. 2. §. 1.*

UT TAMEN UTROQUE CASU] Ita quidem dicit Tribonianus in *l. 4. §. 1. ad L. Aquil.* sed hoc vix convenit cum verbis legis XII. Tabb. & aliis antiquorum JCtorum locis, nocturnum furem, indistincte interficere permittentibus. Ut adeo novum hic habeamus exemplum Emblematum Triboniani ad sua tempora respicientis, quamvis id VVissenbachio non fuerit observatum. Vide, quæ erudite collegit Celeberr. Pufendorf. *de J. N. & G. lib. 2. c. 5. §. 17. & 18.* Adde Ant. Matth. *d. l.*

VII. Oritur hinc furti actio non solum adversus furem, *etiam impuberem, si doli capax. §. 15. Instit. d. t. l. 14. π. ad SCt. Syll. l. 111. de R. J. l. 7. C. de pœn. Mitigata tamen pœna. l. 108. de R. J. sive unum, sive plures, ubi singuli in solidum tenentur. l. 21. §. 9. π. de furt. l. 51. in fin. ff. ad L. Aquil. Si quidem totum continuum oblatum est, v. g. trabs, tignum. l. vulgaris. 21. §. 9. ff. h. junct. l. 51. in fin. ad L. Aquil. Sin totum disjunctum velut armarium, in quo mundus muliebris, pœna non a singulis in solidum: sed ab universis pro partibus exigenda. Hotrom. qq. ill. 33. Non vero adversus filium familias, qui patri*

tri §. 12. Inst. de obl. quæ ex del. l. 1. 6. 17. π. de furt. Uxorem, quæ marito aut vice versa quid subtraxit. l. 1. & t. t. ff. rer. amot. Idem est in servis. d. l. 17. libertis, clientibus, mercenariis. §. 19. ff. de furt. l. 11. §. 1. de pœn. Nisi graviora furta fuerint. arg. d. l. 11. §. 1. l. 7. §. 2. ff. de injur. l. 54. de A. R. D. Sed etiam qui opem & consilium *conjunctim* præstitit. *§. 11. Instit. l. 34. ff. de furt. Opem autem fert, qui ministerium atque adjutorium ad furandum præbet. Consilium qui persuadet & impellit ad furtum faciendum. l. 50. §. 3. ff. d. t. Quod si solum opem quis furi sciens tulit, nihilominus tenetur. l. 36. §. 1. ff. h. tit. Ut & qui consilium dedit tantum, ad quod secutum furtum. l. 53. in fin. π. de V. S. Si vero contrectatio non secuta furti non tenetur. d. §. 11. in fin. l. 52. §. 19. h. t. Actione tamen doli convenire potest. l. 47. π. de R. J.* Qui opem & consilium præstitit, quat. furti teneatur?

AD THES. VII.

MITIGATA TAMEN POENA] Scilicet publica aut extraordinaria, non privata dupli vel quadrupli *arg. d. l. ult. de R. J.*

SIN TOTUM DISJUNCTUM] Sed quid si ab uno pars totius fuerit ablata? an & tunc convenietur respectu totius. Quæstionem non definiunt, sed magis obscurant ea, quæ ex Ulpiano & Paulo recenset *l. 21. & 22. ff. h. t.* Vide omnino Ant. Matth. *de furt. c. 1. §. 3. p. 60.* Tabor. *racemat. 2. thes. 38. -43. p. 57. seqq. & ad d. l. 21. & 22. p. 101. seqq.*

CLIENTIBUS] i. e. qui se in alterius protectionem & patrocinium commiserunt. Tabor. *racem. 2. th. 58. p. 69.*

MERCENARIIS] Dubiis, quæ Ant. Matth. *in tract. crim. de furt. c. 2. in fin.* circa rationem cur adversus mercenarios & clientes non detur actio furti, movet [quamvis per ea dispositionem legis civilis non impugnet, ut ipsi a Tabore imputatur] respondet Tabor *racemat. 2. de furt. §. 59. p. 69.*

NISI GRAVIORA FURTA FUERINT] Adhuc hodie quoad mercenarios hanc distinctionem inter furta, magna & leviora observari adeoque a dispositione juris civilis non recessisse mores hodiernos, putat Dn. Tabor *d. l. §. 60. p. 70.* illos errare asserens, qui indistincte profitentur adversus mercenarios actionem furti esse, uti facit Schulz. *in Synops. Inst. ad tit. de obl. quæ ex del. nasc. lit. m.* & quamvis alii cautius procedant, qui moribus ab hac dispositione juris abitum esse memorent, ut VVesenbec. *h. n. 8.* Harprecht. *ad §. 11. Inst. d. t.* Carpz. *P. 4. const. 38. def. 1.* eoque differentiam inter jus scriptum & mores inducant, ut Carpz. *d. def. 1. & P. 2. qu. 82. n. 52.* tamen nec illa differentia opus videri, si juris scripti distinctionem modo relatam inter furtum magnum & parvum attendamus: ex magno enim furto etiam Jure civili adversus

versus mercenarium agi posse, ex levi & parvo non quidem motibus, per doctrinam Claud. Cantiuncul. *consil. 23. n. 54.* & *leg. lebla 6. de accusat.* & imo ipsum Carpzovium eo inclinare, dum *P. II. crimin. quæst. 78. n. 13. seqq.* distinctionem illam etiamnum usibus fori hodierni vindicet. Sed non obstantibus his Dn. Taboris rationibus placet sententia Schulzii & asseclarum. Sive enim Tabor per mores hodiernos intelligat mores communes Imperii, auctoritati Cantiunculæ opponimus auctoritatem Julii Clari, & aliorum a Schulzio & Carpzovio citatorum. *Ad l. 6. ff. de accusat.* vero respondemus ad probandos mores hodiernos non adduci posse textum Juris civilis, quando de discrepantia morum & juris scripti sermo est. Si vero Tabor per mores hodiernos intelligit mores particulares Juris Saxonici, aperte quidem ejus opinio pugnat cum P. IV. const. 38. Die Haußgenossen und das Hausgesinde/ Knechte/ Mägde/ Diener/ Tagelöhner und dergleichen/ sollen *NB.* wie andere Diebe/ wenn von ihnen eine Deube begangen/ gestrafft und zwischen ihnen und anderen Dieben *NB.* kein Unterschied gehalten werden. Ergo quemadmodum pro diversitate furti parvi & magni reliqui fures diversimode puniuntur, ita & mercenarii in leviori quidem furto mitius puniendi, quam in graviori, sed tamen & in leviori furto idem jus obtinet, quod in reliquis furibus leviora furta committentibus. Neque denique Carpzovius *d. q. 78. n. 13. seqq.* in sententiam Dn. Taboris descendit. Etsi enim ibidem distinctionem inter furtum magnum & levius explicet, nihil tamen eo loco habetur, quo differentiam inter mercenarios & reliquos fures in levioribus furtis, quæ Jure Civili erat, etiam hodie obtinere statuatur.

CONJUNCTIM] Non restrictive hæc particula intelligenda, sed exemplicative ob ea, quæ hic sequuntur.

CONSILIUM DEDIT TANTUM] Vide, quæ notavimus *ad th. 5. hujus dissertat. p.*

Actio furti instituitur vel civiliter vel criminaliter.

VIII. Hæc actio vel civiliter instituitur ad pœnam pecuniariam *parti applicandam*, quadrupli, *si furtum manifestum*, aut dupli, *si nec manifestum. pr. Inst. h. tit. l. 2. §. 13. ff. eod. Hoc quadruplum autem tota pœna est. §. fin. Instit. h. Et verum rei pretium continet. l. 50. ff. eod.* Sed & condictio datur furtiva ad rem ipsam, cum omni interesse. *l. 3. ff. de condict. furtiv. Rei ablatæ domino vel ejus heredi. l. 11. ff. eod. adversus furem ejusque heredem. §. ult. Inst. de obl. quæ quasi ex delict.* * *In solidum, licet nihil ad eos pervenit. l. 9. ff. eod.* * *Et est ex delicto nativa, non ex Lege dativa (id est, furtum est ejus efficiens actionis: non occasio & causa sine qua non, quatenus requirit rem furtivam, quam persequitur.* Ideoque lex contra

Condictio furtiva est ex delicto nativa.

juris

juris regulas introduxit, etsi nulla caeterarum conditionum datur domino: sed omnes non domino adversus dominum. Dominus enim, qui rei vindicationem habet, rem suam alteri condicere non potest. l. ult. in fin. ff. usufr. quemadm. caveat.) Et rei persequutoria, in eo caeteris conditionibus similis, quod sicut in illis promissor ejusque heredes post moram indistincte tenentur: Ita & fur cum heredibus suis propter moram suam teneatur. Huic neq; civilis, neq; criminalis actio praejudicat. l. 48. pr. l. 54. §. 3. l. 65. ff. de furt. Vel criminaliter extra ordinem, ad poenam arbitrariam, *vel corporalem, modo ne ad membri abscissionem aut mortem extendatur, auth. sed novo jure C. de serv. fugit. Novell. 134. ult. Quod hodie secus est, ubi ex furto quinq; solidorum, vel si tertio iteratum fuerit poena laquei constituta. Const. Carol. artic. 160. & 162. Vel pecuniariam fisco inferendam. l. 9. §. 5. ad l. Jul. de publ. & vect. l. 2. §. 1. ff. de injur. In Scabinatu nostro servatur, ut non habeat haec poena suspendii locum, nisi furtum faciat XX. Joachimicos. Infra hanc summam fustigatio, & si minus X. relegatio vel carceris emendatio dictatur. Sed numquid furis suspensi, vel suspendio damnati & in carcere mortui, haeredes, ad aestimationem rei furtivae consumtae teneantur? Adf. Ordo Jurid. Acad. Lips. Finck. obs. 59. Negant JCti Scabinatus. Dn. Carpz. p. 4. const. 32. def. 23. & pr. crim. p. 2. q. 80. n. 16. Quorum sententiam probavit Elector Saxon. decis. 86.*

An suspensi seu furis heredes ad aestimationem, consumtae rei furtivae teneantur.

AD THES. IIX.

VEL CIVILITER INSTITUITUR] An hodie actio furti civilis adhuc locum habeat, disquirunt Dd. Vinnius & Cujacius citati a Tabore *racem. 1. th. 42.* id negant; contra idem Tabor *d. l. & racemat. 3. th. ult.* affirmat potissimum pro sua sententia *art. 157. constit. crimin.* adducens. Sed dictus articulus ad furtum modicum saltem restringendus est & nec manifestum de manifesto enim agit *art. seq. 158.* ubi nulla mentio quadrupli. Accedit quod & in *art 157.* poena dupli furi a judice ex officio imponi debeat, & quasi per processum criminalem inquisitorium: at jam solliciti sumus de actione civili furi non manifesto ad poenam dupli & manifesto ad poenam quadrupli per processum civilem intentanda. Linquo igitur decisionem hujus quaestionis ex observantia & praejudiciis Collegiorum Juridicorum addiscendam. Illud certum est, maxime infrequens esse actionum harum civilium exercitium fatente ipso Dn. Tabore *d. racemat. 3. thes. ult. p. 116.*

QUADRUPLI SI FURTUM MANIFESTUM] Nullo modo justificari posse ingentem illam, quae inter furti manifesti & nec manifesti poenam intercedit,

 dif-

differentiam putat Bachov. *ad VVesenb. tit. de furt. n. 14. lit. g.* sed ei respondet Tabor *d. racem. 2. th. 81. & d. racem. 3. th. ult.*

VERUM REI PRETIUM CONTINET] Sed si quadruplum totum pœna est, quomodo rei pretium continere potest, cum actiones pœnales mixtæ saltem rerum pretia contineant *§. si autem honorarium 19. Inst. de act. junct. §. ult. de obl. quæ ex del.* Sed respondeo: Author plus locutus fuit, quam sensit, voluit enim dicere, quod dupli & quadrupli æstimatio secundum verum rei pretium instituatur adeoque illud in se contineat, non ut rei persecutionem *d. §. 19. & d. §. ult.* sed ut pœnam. Sed & hæc tamen assertio sua habet dubia & limitationes, quas late persequitur Tabor *dict. racem. 2. thes. 83. - 88.*

EX DELICTO NATIVA] Imo ex lege dativa per ea, quæ tradit Eck. *ad tit. de cond. furt. §. 2.* & omnino Franzk. *ad eund. tit.*

EST CAUSA EJUS EFFICIENS] Imo si esset causa efficiens, non daretur adversus heredes, quia nemo ex delicto alieno tenetur.

LEX CONTRA JURIS REGULAS INTRODUXIT] Nec hæc quidem cum antecedentibus conciliare valeo. Si enim lex contra juris regulas introduxit, erit utique ex lege dativa.

QUOD HODIE] Jus hodiernum circa pœnam furti omnium optime post Carpzovium nostrum *in criminalibus* secundum dictum *art. 157. seqq. constit. criminalis Carolinæ* explicat & variis præjudiciis illustrat Tabor *racem. crimin. p. 430. seqq.*

POENA LAQUEI] Quam qui ut irrationabilem & juri divino contrariam rejiciunt, illi ut magnam principiorum ethicorum ignorantiam produnt, legesque divinas positivas particulares cum moralibus confundunt. Conf. supra dicta *ad dissert. 1. th. 5. verba: divinum positivum.*

IX. Pertinet huc furtum tigni juncti. *t. t. ff. de tign. junct.* In tumultu commissum, occasione incendii, vel ruinæ, vel naufragii, vel navis aut ratis expugnatæ. *t. t. de incend. ruin. naufrag.* furtum familiæ. *t. ff. si fam. furt.* ministrorum *t. ff. nautæ. caup. stabul.* balneariorum. *t. ff. de furib. balne.* arborum. *t. ff. arbor. fur. cæs.*

AD THES. IX.

TIGNI JUNCTI] Vide Struv. *ad hunc tit. exerc. 48. th. 26. seqq.* & adde Tabor. *racem. crim. ad h. t. p. 313. seqq.*

IN TUMULTU COMMISSUM] Struv. *d. l. th. 31.*

FURTUM FAMILIÆ] Struv. *d. l. th. 38. seqq.* Tabor. *d. l. p. 375. seqq.*

MINISTRORUM] Struv. *d. l. th. 34. seqq.* Dn. Tab. *d. l. p. 358. seqq.* Communiter hæc actio pro eadem habetur cum illa, quæ proponitur *l. 6. & 7. ff. naut. caup. stabul.* nisi quod ibi actio proponatur generaliter, ratione damni cujuscunque dati, hic vero consideretur specialiter damnum per furtum da-

tum,

Digitized by Google

tum, *vid. Struv. d. l. th. 35.* Sed noviter Dn. Tabor *d. l. th. 31.* putat multis modis hanc a priore differre, quos inter potissimus est; quod illa actio detur tantum ex quasi delicto, hæc vero etiam ex vero *per l. un. pr. hic.* Cujus rationibus ni fallor satis respondit Dn. Struv. *in resolut. ad d. exerc. 48. th. 35. & 36.* De usu ejus hodierno dicetur *ad th. 37.*

BALNEARIUM] Cur hi jure Romano gravius puniti, quam fures simplices vid. apud Ant. Matth. *de crim. ad lib. 47. tit. 11. cap. 2. n. 2. p. 225. seq.* De eorum pœna idem *d. l. cap. 2. p. 226. seq.* Hodie illam pœnam obtinere, quæ in furtis, dicit Struv. *exerc. 48. th. 106.*

ARBORUM] In titulo arborum furtim cæsarum non de furto arborum [uti Auctor putat] tractatur, sed de cæsione furtiva arborum, quam materiam optime exposuit Tabor *in racemat. p. 411. seqq.* Adde Struv. *ex. 48. th. 41. seqq.* Quid hodie obtineat moribus Imperii, tradit *art. 168. ord. crim. Carol.* Quid Jure Saxon. *Vid.* Landr. *lib. 2. art. 28. P. 4. const. 37. & ibi Carpzov. & prax. criminal. qu. 83. n. 1. - 38. Berlich. P. 5. concl. 52.* Et quidem inter Berlichium & Carpzov. illa ventilatur controversia, an pœna arborum furtim cæsarum irrogari etiam debeat, si arbores aridæ, quarum radices vivere desinunt, succisæ fuerint? Affirmat Berlich. *d. l. n. 31. per l. 3. §. 5. ff. arb. furt. cæs.* Negat Carpzov. *d. qu. 83. n. 13.* quia Jus Saxon. potissimum damnum datum respiciat, quo tanquam ratione cessante & ipsa dispositio cessare debeat. Quod vero Jus Saxonicum ad damnum datum respiciat, probat, quia P. 4. const. 37. (ut & Landr. *d. art. 28. lib. 2.*) mentionem faciat (tragender oder fruchtbarer Bäume. Quin & ad *l. 3. §. 5. ff. h. t.* a Berlichio allegatam responderi posset, eam negative esse legendam secundum ductum *Basilicôn* *vid. Tabor. d. l. §. 12.* Sed his non obstantibus, modo non forte obstent præjudicia Collegiorum Saxonicorum, facerem cum Berlichio. Quod enim initio *d. l. 3. §. 5.* attinet, ejus lectionem communem erudite contra Basilica defendit Tabor. *d. l. §. 13. & 14.* Deinde hoc præsupposito tamdiu Juris civilis dispositioni standum erit, donec ejus abrogatio vel per mores universales, vel per jus particulare doceatur. Atqui hæc mutatio a Dn. Carpzovio nondum satis ostensa. Nam quod argumentum a cessante ratione attinet, notum est id non procedere contra textum expressum, qualis est *in d. l. 3. §. 5.* cum de Jure civili ratio actionis arborum furtim cæsarum damnum fuerit per expressum textum in *l. 5. §. 1. hic: Ejus actionis eadem causa est, quæ legis Aquiliæ est,* & ea tamen non obstante in arboribus aridis actio obtineat *d. l. 3. §. 5.* Accedit quod argumentum a cessante ratione tunc procedat, si ratio cessans non solum sit principalis, sed & unica. Jam etsi demus principalem causam hoc loco esse damnum datum, certe non erit unica, nam in coercitione delictorum quandoque intentio nocendi punitur in extremum usque deducta, quamvis ista delinquentis intentio per accidens effectu caruerit. Denique nec de eo certe constat, annon damnum per succisionem ejusmodi

arborum, quarum radices desinunt vivere, detur dominio, etsi non sit tantum, quantum in aliis arboribus. Ut illud taceam, si hæc limitatio Carpzovii admittatur, occasionem dari infinitis litibus (legislatori in statu legali maxime fugiendis) si cæsiones furtivæ harum arborum, quarum radices arescunt, vel ut Ulpianus loquitur, vivere desierunt, impunitæ maneant. Cum enim non semper in parte arboris terram eminente conspici possit, an radices arboris vivere desierint an non, semper, ejusmodi cæsione peracta si reo hanc limitationem per modum exceptionis opponente, opus foret trunco adspicere an radices vivant adhuc annon, quod an semper dijudicari possit, quemadmodum hortulanis dijudicandum relinquo, ita hac inspectione per aliquod temporis spatium dilata, novum dubium oritur, an radices post cæsionem demum mortuæ fuerint, annon jam ante eandem vivere desierunt, quarum tricarum evitatio, si vel maxime alia ratio careret d. l. 3. §. 5. sufficeret ad rationem ejus ostendendam. Nec obstant verba d. const. 37. P. 4. ... aber fruchtbare Bäume. Posset enim ad ea dupliciter responderi [1.] Hæc verba non restrictive esse intelligenda, quasi in eo differentia sit inter Jus civile & Saxon. quod Jure civili actio arborum furtim cæsarum locum habeat in omnibus arboribus, quæ frugiferis, quæ non frugiferis. Conf. Tabor. d. l §. 8. Jure Saxon. vero illi tantum puniantur, qui in arboribus frugiferis damnum dant. Nam huic explicationi obstat, quod d. const. 37. exempli loco etiam afferat salices, quas inter arbores frugiferas referre velle ridiculum foret [2.] etiamsi ponamus dispositionem Juris Saxonici ad arbores frugiferas esse restringendam, dicta tamen verba habilitatem fructificandi magis respiciunt, quæ est in specie arborum, quam quæ est in singulis specierum individuis, adeoque nec hoc modo explicata obstabunt nobis.

Rapina.

X. Rapina est, qua quis rem mobilem, *etiam minimam. pr. Inst. h. tit. Novell. 113.* vi adhibita, *vel coactis hominibus. l. 2. pr. & §. 9. ff. h. tit.* fraudandi causa. *Non enim sine dolo & animo fraudandi committitur. l. 2. pr. ff. h. Unde si quis errore ductus rem suam esse existimans eo animo rapuerit, quasi domino liceat rem suam vi auferre possessoribus, vi bonor. raptor. non tenetur. Rem tamen restituere tenetur, & si raptor fuerit dominus, dominium rei suæ amittit: Sin non fuit, rem ipsam reddere, & insuper æstimationem ejus præstare compellitur. d. §. 1. & l. 7. C. unde vi.* aufert. Agitur hinc vel civiliter actione furti, *nec manifesti. l. 1. π. h. tit.* * *Sed & manifesti. pr. Inst. h. tit. l. 2. §. pen. π. eod. Quia fur manifestus dicitur. l. 80. §. 3. ff. de furt. l. 52. §. final. ff. eod.* Et actione vi bonorum raptorum. *pr. Inst. h. tit. l. 20. §. 13. π. eod.* intra annum in

qua-

quadruplum, *quod non tota pœna est, sed rei etiam ipsius persequutionem continet. d. pr. & §. 19. Inst. de action. Quo tamen raptor non punitur mitius. Quia deprehensus & non deprehensus ita tenetur. §. 5. Inst. de oblig. quæ quasi ex delict. Quo sane casu gravior est intra annum utilem actio vi bon. rapt. quam furti nec manifesti, & in hunc proprie casum hæc actio comparata est; quod Prætori non videretur sufficere actio furti nec manifesti. Quæ tamen, si prius non sit actum Vi bonorum raptorum intra annum, licet experiri post annum in duplum: Vel si hoc actum sit prius, nec dum annus exierit, adhuc experiri licet Vi bon. rap. in id quod amplius in ea est. l. 1. &. eod. l. si quis egerit. ff. de furt. Cujac. par. C. de vi bon. rapt.* post annum in simplum. Vel criminaliter pœna L. Juliæ de vi privata aut publica. *d. l. 2. §. 1. ff. h. tit. §. 8. Inst. de publ. jud. An mobilia ab hostibus ablata, restituenda vindicanti gratis, non refuso pretio? Dissentiunt JCti Acad. Lips. Finckelth. obs. 56. & Scabinatus ibid. Dn. Carpzov. Jurisp. p. 4. const. 35. def. 8. Vide supra diss. 6. aph. 34. Dn. Richt. p. 2. decis. 96. Princeps Elector Saxoniæ Joh. Georg. II. decidit; pro negativa, nisi redimens judicialiter testatus fuerit, se animo negocia domini gerendi emissum, quo casu pretium refundendum constituit.*

Raptor sive deprehensus sit, sive non deprehensus in quadruplum tenetur. Et sic fure mitius non punitur.

AD THES. X.

DOMINIUM REI SUÆ] Secus de Jure Saxonico, quo in ejus pœnæ locum successit die Wette und Busse / seu Emenda, quam constituunt 30. solidi. Landr. *lib. 3. art. 47.* & insuper judici tenetur ad pœnam arbitrariam. *Carpz. P. II. qu. 88. n. 19. & 20. P. IV. c. 35. d. 11. & 12. Nostr. in addit. ad §. 1. Inst. de vi bon. rapt.*

SED ET MANIFESTI] Ridiculum enim foret leviorie esse conditionis eum, qui vi rapit quam qui clam amovet *d. pr. Inst. h. t.* Dabitur ergo actio furti manifesti, si raptor in rapina deprehensus fuerit *arg. l. 52. §. ult. ff. de furt.* vid. omnino Ant. Matth. *de vi bon. rapt. c. 2. §. 5. p. 119.* Objicitur equidem pro negativa *l. 1. pr. ff. vi bon. rapt.* quasi ibi sola actio furti nec manifesti detur, cum si Auctoris sententia procederet, plane frustraneam esse actionem vi bonorum raptorum contra intentionem Prætoris in *d. pr. Inst. h. t.* Sed respondeo: dicitur quidem in *l. 1. pr. ff. h. t.* actionem furti nec manifesti dari, sed quod SOLA hæc detur, non dicitur, ergo unius positio non excludet alteram. Accedit, quod Paulus in *d. l. 1.* non ex professo agat: quænam actio furti concurrat cum actione vi bon. rapt. sed: quomodo actio furti nec

manifesti [quæ erat quæstio proposita] concurrat cum hac vi bon. rapt. actione? Deinde etsi in rapina manifesta forte nullam utilitatem afferat vi bon. rapt. actio, exinde tamen non sequetur eam plane frustraneam fore, cum sufficiat in rapina non manifesta eam adhuc multum utilitatis afferre. *Adde Auct. in thes.*

VEL CRIMINALITER] Hodie raptores vel etiam minimæ gladio puniuntur & rota *Const. Crim. art. 126. P. IV. const. 25. ibique Carpz. & Prax. Crim. P. II. qu. 90.*

AN MOBILIA AB HOSTIBUS] Vide quæ notavi supra *ad dissert. 6. aph. 34.*

Damnum injuria datum.

XI. Damnum injuria datum, *corruptio rerum nostrarum culpa alterius facta. pr. Instit. h. tit. l. 31. ff. de furt. l. 11. pr. ff. de injur.* est: quo dolo. *l. 30. §. 3. π. ad L. Aquil principaliter quidem L. Aquilia culpam respicit: sed tamen quoniam dolus nunquam est sine culpa: si is intervenerit, æque de eo actio est, atque si sola culpa commissa*, vel culpa: *§. 2. & 3. Inst. d. tit. l. 5. §. 1. π. d. tit. Etiam levissima. l. 44. eod. l. 5. §. final. & l. 6. π. d. tit. Ergo si quis arcendi incendii causa vicinas ædes demolitus est, ad damnum resarciendum non tenetur. l. 49. §. 1. ff. h. t. l. 3. §. 7. in fin. de incend. ruin. l. 7. §. 4. ff. quod vi aut clam. Et qui sui defendendi causa insidiatorem occidit. l. 3. de J. & J. l. 45. §. 4. h. t. Modo moderamen inculpatæ tutelæ non excedat, de quo l. C. unde vi. Neque is, in cujus ædibus incendium ortum, nisi ipsius culpa incendium excitatum fuisse, liquido ab actore probatum sit. arg. l. pen. de incend. Ita pronunciat Collegium JCtor. Academicorum VVittebergens. & nostras. Rauchb. p. 2. q. 10. Pingiz. qq. Sax. 40. Nec non Lipsiense. Finckelth. obs. 89. & ita olim Dn. Scabinos Lips. sensisse colligi potest ex præjudicio in Manuali Thomingii, anno 1564. pag. 78. Dissentiunt Dn. Scabini Lipsiens. Dn. Carpz. prax. crim. p. 1. q. 39. n. 38. qui ei in cujus ædibus incendium ortum, diligentiæ probationem imponunt. Quorum opinionem Elector. Sax. antiquavit. decis. 80.* res alicujus læduntur, *sive plane perimuntur. pr. Inst. de L. Aquil. l. 2. pr. ff. eod. Sive deteriores tantum fiant. §. 13. Inst. h. l. 27. §. 5. & seqq. ff. eod.*

Is, in cujus ædibus incendium ortum, ad damnum sarciendum non tenetur.

AD THES. XI.

PRINCIPALITER QUIDEM LEX AQUILIA CULPAM RESPICIT] Imo principaliter dolum respicit, quia refertur inter vera delicta. Cur vero non obstante eo, quod simul præter dolum etiam culpam coërceat, delictis veris con-

contra naturam reliquorum annumeratur, dixi in *Philosophia Juris §. 143. ad de §. 141. & 139. ibid.*

VEL CULPA] Quævis sine discrimine, an sit culpa commissionis, an omissionis. Nam & medicus, qui bene secuit, sed postea curationem dereliquit, lege Aquilia tenetur teste Gajo *l. 8. pr. ad L. Aquil.* & secundum Ulpianum *l. 27. §. 9. eod.* servus fornacarius ad fornacem obdormiens incendio oborto propterea quod ignem extinguere, vel ita munire, ne evagetur, omiserit, etsi nihil fecerit L. Aquil. tenetur. Sed quid est quod idem Ulpianus *l. 13. §. 2. de usufructu*, eum, qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non teneri dicit? Sane hic culpa omissionis etiam adest. Unde quidam *d. l. 13. §. 2.* moti putarunt ad culpam omissionis non spectare legem Aquil. quos inter est Zoes *ad tit. de L. Aquil. n. 7.* quo tamen non obstante contrarium defendit Dn. Struv. *ex. 14. th. 20.* & *in resolut. ibid.* ad *d. l. 13. §. 2.* respondet: *ibi non esse commissam culpam absolute adeoque non habere locum actionem legis Aquiliæ, sed posito, quod quis sit fructuarius, tunc committi culpam ab eo quatenus tali talia negligendo, adeoque propria actione usufructuarium conveniendum esse, non hac generali, modo quis secundum naturam objecti non excusetur a levissima culpa.* Responsio hæc paulisper obscura id videtur innuere: Legem Aquiliam coërcere damna data ab iis, qui committunt culpam absolute, h. e. qui omittunt diligentiam illam, quam patresfamilias diligentes communiter seu nullo habito respectu ad officium aliquod peculiare adhibent. Hic vero usufructuarium non committere culpam, quia patremfamilias diligentem absolute spectatum, cum nemo ita absolute spectatus teneatur alterius agrum proscindere, vites subserere. &c. sed committere culpam respective, respectu scilicet habito quod usufructuarius sit. At ejusmodi culpam respectivam non venire in actionem legis Aquiliæ. Verum hæc responsio antinomiam dictarum legum ex asse tollere non videtur. Nam & medicus in *d. l. 8. pr. h. t.* curationem derelinquendo committit culpam non absolute, quasi quilibet homo aut paterfamilias teneatur alterius servum curare, sed respective qua medicus. Et in *d. l. 27. §. 9. ff. h. t.* fornacarius & custos obdormiendo & ignem non extinguendo committit etiam culpam non absolute & quasi quilibet homo obdormiens prope fornacem aut ignem non extinguens teneatur de damno per ignem dato, sed respective & tanquam fornacarius; & tamen hoc casu actio legis Aquiliæ datur. Quid ergo dicemus? Sententiam Dn. Struvii, non obstante *d. l. 13. §. 2. de usufr.* adhuc pro veriore habemus. Ad ipsam tamen *d. l. 13.* aliter respondendum esse putamus. Latet nimirum homonymia in voce damni, quod sumitur vel privative, quando scilicet bonum, quod habeo, mihi aufertur, vel negative, quando lucrum, quod spero, intercipitur. Actio legis Aquiliæ coërcet damnum privativum *arg. l. 2. pr. & l. 27. §. 4. ac & totius tit. ff. ad L. Aquiliam.*

Et

Digitized by Google

Et de tali damno privativo loquitur etiam *l. 5. pr. & l. 27. §. 9. ff. eod.* *At d. l. 13. §. 1. de usufr.* loquitur de damno negativo, quod non spectat ad L. Aquiliam. Si enim ager non proscindatur, intercipitur lucrum, quod ex ejus proscissione, si vites non substruuntur, intercipitur lucrum, quod ex earundem substatione sperabatur. Nec obstat quod d. in *d. l. 13. §. 2.* mentio fiat corruptionis aquæductuum, per quam datur damnum privativum tum ratione ipsarum fistularum, per quas aqua ducitur, tum etiam, si aqua corruptas fistulas transeat & alia bona mea corrumpendo damnum mihi det. Nam respondeo de hujusmodi corruptione aquæductuum, quæ fit per putredinem aut fissuram fistularum, non intelligendum hoc loco esse JCtum, sed verba textus commode illam explicationem admittere, si aquæductus fistulæ sint obduratæ, ut aqua ex fundo vicini serviente in meum fundum transire nequeat, adeoque *d. l. 13. §. 2.* loqui de corruptione aquæductuum, quæ fit durch die Verstopffung / & sic iterum suberit damnum negativum. Malo autem hoc modo respondere, dissentientium opinionem, quod lex Aquilia coerceat saltem culpam commissionis amplectendo, eorum responsionibus *ad. l. 27. §. 9. ad L. Aquil.* uti, quos recenset B. Brunnem. *ad d. l. 27.* quia illæ omnes sunt & contra verba & contra mentem & sententiam *d. l. 27.*

NISI IPSIUS CULPA] Non culpa familiæ suæ, quamvis & hic olim inter JCtos Saxonicos dissensus fuerit, quibusdam putantibus, patremfamilias etiam ad restitutionem damni teneri, si non propria sed familiæ suæ culpa incendium subortum fuerit. *vid. Carpzob. Prax. Crim. qu. 39. n. 51. seq.* quibusdam id negantibus, *vid. Finckelth. observ. 80. n. 27. Philipp. observ. 1. ad decis. 79. n. n. 43.* quam posteriorem opinionem etiam Serenissimus confirmavit *d. decis. noviss. 79.*

Legis Aquiliæ hodie sunt capita duo.

XII. Competit actio inde Legis Aquiliæ, *plebiscitui. l. 1. ff. h. tit. lati a Tribuno plebis Aquilio quodam. §. at nec. 15. Inst. h. tit. l. 1. §. 1. ff. eod. Cujus olim tria capita fuere, hodie non nisi duo: Primum locum habet, quando damnum datur per alieni servi aut pecudis occisionem, ut quanti plurimi ea res hoc anno fuerit, tantum domino dare damnetur. pr. Inst. h. tit. l. 2. pr. π. eod. Secundum in desuetudinem abiit & ignoratur. Vid. Cujac. parat. C. de L. Aq. & par. π. eod. * Videtur tamen de servo corrupto egisse, arg. l. 5. §. 2. de serv. corrupt. Tertium de omni cætero damno præter occisionem contingente etiam in rebus inanimatis. l. 27. §. 5. h. tit. §. 13. Inst. h. agitur: Sed quanti in 30. diebus proximis ea res fuerit. §. 14. Inst. h. tit. l. 27. §. 5. ff. h. tit. Et æstimatur omne, quod ullo modo nostra interest. §. 10. In-*

stit.

Digitized by Google

ftit. d. tit. l. 21. cum. duab. seqq. π. eod. *Sed ex communi æstimatione, non pro affectione singulorum. l. 33. ff. d. tit.* directa ex verbis legis, *qua tenetur is, qui corpore suo in corpus damnum dedit. l. 7. §. 1. l. 51. h. tit.* Et utilis, ex sententia legis, si quis non corpore suo in corpus tamen damnum dedit, *ut si servum, aut pecus alienum ita incluserit, ut fame necaretur. l. 8. l. 51. h. t. si libero homini nocitum sit, quia non est membrorum suorum dominus. l. 13. π. h. tit. Quamobrem si occidatur, & heredes ejus agere poterunt. arg. l. 7. §. 4. & d. l. 13. π. h. t. In quam actionem veniunt impendia in Medicos facta, & quidquid lucri interversum, aut damni per cadem ac vulnus datum. l. 3. π. si quad. paup.* Et denique in factum prætoria, *qua is, qui nec corpore suo, nec in corpus damnum dedit, tenetur, §. ult. Inst.*

Actio legis Aquiliæ alia directa. Alia utilis. Alia denique in factum.

AD THES. XII.

QVANTI PLVRIMI EA RES HOC ANNO FVERIT] *QVANTI IN TRIGINTA DIEBVS PROXIMIS*] } Mores

hodiernos fere recessisse ab æstimatione damni, quæ fit lege Aquilia, docet Ant. Matth. *de damn. inj. dat. c. 3. n. 4. p. 171.* *Non enim*, ita inquit, *tanti æstimatur res, quanti plurimi fuerit, aut diebus trecentis sexaginta quinque, aut diebus triginta retrorsum computatis. Sed quanti res fuit eo die, quo damnum datum est, ut de moribus Galliæ testantur Mornacius & Rebuffus, de jure Saxonum Zobelius & Schneidewinus, de moribus Belgarum Grotius & Zypæus.*

SI QVIS NON CORPORE SVO, IN CORPVS TAMEN] Ostendi, ut puto, in *Philosoph. Juris l. 149.* illam differentiam, quam Tribonianus *in §. ult. Inst. de L. Aquil.* ponit inter actionem legis Aquil. utilem & in factum, quasi illa sit, ubi non corpore, sed in corpus tamen damnum datum sit, hanc vero, ubi nec corpore, nec in corpus, sed alio modo damnum datum fuerit, ex cerebro Triboniani ob non recte intellectam *l. 7. §. 7. ff. de dolo*, contra philosophiam veterum JCtorum & Jurisprudentiæ Romanæ ortum traxisse, & revera actionem illam in factum ab actione L. Aquiliæ utili non differre. Accessit forte alius, qui Tribonianum in hunc errorem perduxit, pravus intellectus *l. 33. §ult. ad L. Aquil.* ubi Paulus: *In damnis*, inquit, *quæ lege Aquil. non tenentur, in factum datur actio.* Putavit igitur Tribonianus phrasin hanc *quæ lege Aquilia non tenentur*, ita intelligendam esse, quasi actio in factum sit de damnis, quæ nec verbis, nec sententia legis Aquiliæ continentur, cum tamen haud dubie loquatur JCtus saltem de illis damnis, quæ non continentur verbis legis Aquiliæ, continentur tamen ejus ratione, ob quæ danda est actio in factum, seu quod idem est legis Aquiliæ utilis.

SI LIBERO HOMINI NOCITVM] *Quod si ob Sedorum*, pergit

Digitized by Google

Ant. Matth. l. c. p. 231. aut membri mutilationem agatur, illud quoque moribus placuit, non solum mercedes medicis præstitas, operas quibus quis caruit, aut cariturus est, æstimandas esse; sed & doloris & cicatricum atque deformitatis habendam rationem, utique si id nominatim petat vulneratus. Inprimis vero deformitatis habendam rationem nonnulli existimant, si mulieris integra facies, fœdata sit; neque enim nubere poterit, nisi ampliore dote promissa, cum formosis dos altera sit forma. Quod moribus quidem consentaneum est, sed an recte iidem ex legibus Romanis hanc sententiam adstruant merito dubites: Vide Pinelum ad l. 1. C. de bon. mat. P. I. n. 4.

QVICQVID LUCRI INTERVERSUM.] Sed quomodo hæc conveniunt cum iis, quæ *ad th. 11.* notavimus; legem Aquiliam non considerare damnum negativum, seu interceptionem lucri? Resp. 1. nec *l. 3. si quadr. paup. fec. dicatur*, ab Auctore allegatam lucri mentionem expressam facere. 2. L. Aquiliam nunquam considerare interceptionem lucri principaliter, i. e. si non concurrat ablatio boni præsentis, bene tamen per consequentiam, si præcesserit damnum privativum, quale & h. l. præcessit per vulnerationem.

Injuria.

XIII. Injuria est delictum dolo *l. 3. §. 1. & arg. l. 5. π. h. t. Qui ex contumeliosis dictis præsumitur, donec probetur contrarium. l. 5. C. de injur. Nisi sit conjuncta persona, in qua emendandi potius animus præsumitur. l. 5. §. fin. π. ad. L. Aquil. l. 13. §. 4. π. locat. l. 39. ff. de inj. Aut si sui natura probrosum non sit. l. 29. π. de prob. l. 23. C. eod. Ergo qui doli capaces non sunt, injuriam facere non possunt. d. l. 3. §. 1. Qualis non est prodigus, contra Trentl. Ebriis autem & iratis, si pœnitentia accedat, ignoscitur. arg. l. 3. ff. de divort. l. 48. ff. de R. J. l. 11. §. final. ff. de pœn.* in contumeliam alterius: *Sive immediate corpus ejus vel famam lædendo, sive mediate & per consequentiam uxorem & liberos in potestate ejus existentes contumelia afficiendo. §. 2. Inst. h. * Injuriam autem filiofam. factam pater invito filio remittere potest, siquidem pater non sit vilis persona. l. 17. §. 12 & 13. l. 5. §. 6. ff. de injur. l. in persona. 30. de pact. * Filius autem familias post remissionem emancipatus actionem injuriarum repetere nequit*, admissum.

AD THES. XIII.

QVALIS NON EST PRODIGUS CONTRA TRENTLERUM] Cujus dubio ex *l. 40. ff. de R. I.* desumto, vel a ratione Juris, modo principiorum moralium gnarus sit, satisfieri poterit. Prodigus enim æquiparatur furioso in bonorum administratione, nequaquam in delictis.

VEL

VEL FAMAM LÆDENDO]. Per injuriam alterius famam non lædi, probavi in Philosoph. Juris §. 165. *seqq.*

ET PER CONSEQUENTIAM] Per consequentiam non tantum nobis injuria infertur in hominibus vivis, sed & in cadaveribus mortuis. Vid. Ant. Matth. *de injur. c. 1. n. 13.*

UXOREM] Non maritum, quia uxor maritum non defendit ac tuetur, nisi talis sit contumelia, quæ per necessariam consequentiam uxorem simul tangat, qualis est si v. g. maritum aliquis cornutum appellet, quod idem est ac si uxorem dixisset adulteram.

XIV. Estque vel realis, quoties manus inferuntur, aliove facto quis contumelia vel in corpus, vel extra corpus afficitur. *Puta pictura, habitu, gestu, vel alio quodam actu, ut si quis in alterius contumeliam barbam vel capillos apud Romanos submittebat. l. 15. §. generaliter. 27. * Si virgini invitæ osculum rapiatur, uti responderunt JCti Lips. anno 1634. * Etiam omittendo arg. l. 2. ad L. Pomp. de parr. l. 5. §. pen. C. ad L. Jul. Majest.* Vel verbalis, quæ fit vel voce, vel scriptura, *quæ vel in specie sic dicta est, quæ contumeliæ causa fit, absque infamiæ nota, ut si quis claudus, luscus esse scribitur: Vel famosus libellus, qui ad infamiam pertinet, & notabile aliquod crimen impingit, cujus tam componens, quam divulgans pœna capitali adficitur. l. unic. C. de fam. lib. Quod tamen hodie tum locum habet, si in libello famoso capitale quoddam vel aliud grave scelus objectum sit.* Injuria est vel realis. Vel verbalis. Famosus libellus.

AD THES. XIV.

PICTURA] Sic pictor quidam Romæ Cardinali alicui infestus, dum externum judicium pingeret, in contumeliam Cardinalis, aliquem e grege damnatorum tali facie pinxit, quæ vel omnibus agnoscentibus Cardinalis istius faciem referret. Conquerenti autem de injuria Cardinali, Pontifex falsum magis & festivum responsum dedit, quam justum, Pontificem scilicet ex purgatorio quidem liberare posse, non autem ex inferno.

UTI RESPONDERUNT JCTI LIPSIENSES ANNO 1634.] Dn. Petrus Müllerus *disput. de litteris amator. thes. 18.* per JCtos Lipsienses Auctori citatos intelligit Dn. Scabinos, sed puto Auctorem intelligere Dnn. Doctores Facultatis Juridicæ, quos nomine JCtorum Lipsiensium subinde indicare solet, & forte respicere ad responsum sequens ad M. Christophorum Eusebium Stelbius zu N. quod in collectaneis JCti olim non incelebris deprehendo: Ist unläugst eure Muhme / Ursula Sophia Steinbüchin zu eines ehrlichen Mannes Hochzeit geladen worden / und nach verrichteten Kirchgang und

Christlicher Trauung sie neben andern eingeladenen Gästen mit zu Tische gesessen / hat sich ein Studiosus, so auch zur Hochzeit gewesen / zu ihr gefunden und mit ihr Gespräch gehalten / und so gemein erzeiget / daß er ihr einen Kuß zu geben unterstehen wollen / und weil es Ihr zuwider geschehen / Sie ihn mit harten Worten angelassen / von ihr zu bleiben / oder wolte ihn in die Augen schlagen / darauff er zwar damahls abgewichen / aber bald hernach wieder kommen / und als die Jungfer sich dessen nicht versehen / im Beywesen der eingeladenen Hochzeit-Gäste ihr einen Kuß zugefüget / welchen sie schmertzlich empfunden / und die ihr hierdurch zugefügte Injurien wider ihn gebührlichen zu eiffern und zu klagen bedacht. Ob nun wohl ermelter Studiosus vor sich anzuziehen / daß es aus geschöpffter Liebe von Ihme beschehen / und der Kuß eine Anzeige seiner gegen Ihr tragenden Wohlgewogenheit gewesen seyn solte / und dadurch Schimpff / Schmach und Injurien zuzuziehen keinen Vorsatz gehabt. Da aber dennoch erwehnter Studiosus eurer Muhmen Ursulen Sophien Steinhufin / in Anwesen der eingeladenen Hochzeit-Gäste ohne Scheu und Scham öffentlich einen Kuß zugefüget / dadurch Sie von Ihme in Schimpff und Schmach gesetzt und injuriret / und solches zurecht verboten und straffbar; So ist eure Muhme wieder ihn solche Injurien zu klagen wohlbefugt / und er wird von der Obrigkeit gegen ihr dißfalls / daß er hierinnen zu viel und unrecht gethan / auch nichts denn Ehr / Liebes und Gutes von ihr wüste / sich gerichtlichen zu erklähren / und hierüber wegen solcher Verbrechung willkührlich mit Gefängniß oder einer tapffern Geld-Busse bestraffet / und eurer Muhmen die verursachte Unkosten davon den abzustatten billich angehalten. V. R. W. Ad simile responsum a Dnn. Scabinis Lips. Anno 1664. M. April. datum, provocat Dn. Strav. *ex. 48. th. 58.* De osculo personis nuptis invitis dato forte dubium non est, an vero quoad personas innuptas & v. g. virgines hodie isto jure utamur valde dubito, non quod unquam abrogatio juris antecedentis alicujus facta fuerit, sed quod forte non desit, quod ad rationem decidendi in dicto praejudicio alteram, ut & ad eam, quae *in disput. de oscul. hic Lipsiae anno 64. habita, §. 18.* profertur, quasi, dum alteri osculum obtrudimus, attentemus ejus pudicitiam, attentatio autem pudicitiae in *l. 1. §. 2. in fine ff. de injur.* ad illam contumeliae speciem Speciem referatur, quae ad infamiam pertinet, responderi possit.

ETIAM OMITTENDO] v. g. Si quis honorem & reverentiam debitam non exhibeat, aut debitam *recusative* deneget. *Vide quos allegat Dn. Strav. ex. 48. th. 58.*

QVOD TAMEN HODIE] Hodie vox famosi libelli variis modis a JCtis supponitur: Alii enim famosum libellum opponunt Pasquillo, & his famosus libellus est scriptum, quod ad infamiam alterius pertinet, cui Auctor nomen suum subscripsit, Pasquillus vero, ubi nomen auctoris non subscriptum. Alii vero famo-

famosum libellum & Pasquillum faciant synonyma, & aeque ad illius, quam hujus essentialia requirunt omissionem nominis. Hi scriptum ad infamiam alterius compositum, cujus auctor nomen suum apposuerat, appellant injuriam famosam. Quae homonymia vocum incipientibus notanda, ne confundantur. Conf. iterum Carpz. P. 2. Pr. Crim. qu. 98. n. 24. seqq. Struv. ex. 48. th. 64. Finckelth. obs. 98. Const. Carol. art. 110. Ord. Polit. de ann. 1577. tit. 35. §. und sitzen. Illud tamen cavendum, ne omnia scripta nominibus auctorum carentia pro libellis famosis habeamus, cum magna sit differentia inter satyram & libellum famosum, de qua alibi.

XV. Agitur pro ea civiliter, quando actor injuriae aestimationem sibi addici petit, *& moribus nostris ad palinodiam, id est, recantanda opprobria, ut Horatius loquitur, 1. Oda, 16. Dicitur Graecis παλινῳδία. Theoph. charact. c. 2. in f. Et utrumque cumulari posse in Scabinatu nostro receptum, adstipulatur Gail. 1. O. 63. n. 2. 3. & ibi Graveo n. 11. 12. Coth. vol. 1. Resp. 14. n. 20. cum seqq. Riemero nostro 12. q. 10. JCtis Academicis Lipsiensibus, recte re judicata, anni 1631. in Oct. in protocollo Schmuccii & ap. Finckelth. obs. 40. nec non Wittebergensibus. Contrarium Dn. Scabini tenent Lips. Dn. Carpz. 4. 42. 16. Quod confirmat Elector Joh. Georg. I. peculiari rescripto ap. Carpz. defin. forens. p. 1465. Quae actio civilis est. Riem. dec. 12. quaest. 10. & locum habet in solis verbalibus. Quia non agitur ad poenam corporalem vel fisco inferendam.* Vel criminaliter ad poenam extraordinariam officio judicis reo imponendam. *§. 10. Inst. h. tit. Utraque infamat l. 1. l. 4. §. fin. ff. de his qui not. infam. Nisi absente reo in procuratorem lata sententia. l. 6. §. 2. ff. de his qui not. infam.* Nisi injuria pacto remissa. *l. si tibi. 17. §. quadam. 1. ff. de pact.* vel transactione, *l. non damnatos. 18. C. ex quib. caus. infam. Sed sine judicis auctoritate transigens, infamia notatur. l. quoniam. 5. & l. furti. 6. §. pactus. 3. ff. de his qui not. infam.* dissimulatione, *§. fin. Inst. h. t. l. 11. §. eod. Si aequo animo tulit, vel familiariter cum adversario egit proprio motu: Secus si honestatis ratione. Quod si periculo mortis constitutus, in confessione facta sacerdoti remittat injuriam, an convalescens actionem possit intentare: videndum an offensam remiserit tantum, an vero actionem. l. 14. §. 7. ff. de Aedil. edict. In dubio autem etiam actionem remissam crediderim.* Juramento, *l. jurjurand.*

Pro injuria agitur vel civiliter vel criminaliter.

Actio injuriarum aestimatoria & ad palinodiam cumulari possunt.

Actio ad palinodiam est civilis.

Actio injuriarum tollitur dissimulatione.

rand. 2. l. ait. 3. princ. & §. 1. l. 7. l. 27. & 28. §. 1. ff. de jurejur. l. 11. §. 1. π. b. 1. *An autem in actione injuriarum civiliter instituta, locum habeat juramenti delatio?* N. *ICti Antecessores Lips. affirmante Scabinatu ibid. Dn. Carpz. 3. Resp. 44.* præscriptione, *lapsu anni, l. si non. 5. C. de injur.* * *Utilis, non continui. l. 14. §. 2. ff. quod met. caus. arg. pr. Inst. de perpet. & temp. act. Scilicet si actio Prætoria. Nam Civilis ex L. Cornel. aut SCto perpetua est. d. princ. Inst. de perpet. & temp. act. junct. l. 3. & 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* ** *Injuriæ vero scriptæ nomine actio competens, perpetua est.* *Quia scriptum semper loquitur.* Morte, *ut nec heredi, nec in heredem datur, nisi lite cum defuncto contestata. l. 13. pr. l. 15. §. 14. l. 28. b. t. l. 32. §. 1. pr. ad L. Aquil. §. 1.* * *Ut nec ad palinodiam tenéantur heredes Dent. Moll. ad const. 42. & 1. semest. 23.* Retorsione *quam vocant, quæ an sit licita, dissentiunt ICti Acad. Lips. negantes ap. Finckelth. obs. 37. Et Scabini ibidem ap. Carpz. pr. crim. par. 2. q. 97. n. 21. & seqq. Electore Saxoniæ, si fiat defensionis gratia, cum debito moderamine, sine novis injuriis aliis, licitam statuente, decis. 55.*

Actio injuriæ scriptæ nomine competens, est perpetua.

AD THES. XV.

INJURIÆ ÆSTIMATIONEM] Est autem actio injuriarum æstimatoria actio pœnalis non rei persecutoria, quam assertionem non modo principiis Jurisprudentiæ nostræ, sed & seriæ philosophiæ esse convenientem demonstravi *in Philosoph. Jur. §. 170. seqq.*

QUOD CONFIRMAT ELECTOR] Adde, quæ dixi *in Philosoph. Jur. §. 176.*

ACTIO CIVILIS EST] Quamvis ea a nonnullis pro criminali fuerit habita: *Conf. Philos. Jur. §. 174.* Præterea & actionem ad palinodiam esse pœnalem ostendi *ibidem §. 175. seq.*

QUOD SI PERICULO MORTIS CONSTITUTUS] Vide, quæ circa hanc quæstionem eleganter disserit Ant. Matth. *de injur. c. 1. n. 15. p. 170. seq.*

AN AUTEM IN ACTIONE INJURIARUM] Scabinatus sententia approbata a Serenissimo in decisione novissima 17. Ergo a contrario sensu recte inferimus, si actio injuriarum criminaliter instituatur, locum non habere juramenti delationem. Ubi se nova iterum offert quæstio; An scilicet in actione ad palinodiam & pœnam arbitrariam [nam de æstimatoria post *dictam decis. 17.* nullum amplius restat dubium] juramentum deferri queat? Dicita post *dictam decis. 17.* hanc quæstionem esse frustraneam, cum modo diximus actionem ad palinodiam esse civilem. Sed non obstante hac ratione D. Carpz. *d. Resp. 44. lib. 3. n. 25. seqq.* & ex hujus verbis Philipp. *observ.*

3 ad

Digitized by Google

3. ad decis. nostr. 17. volunt, in actione ad palinodiam & pœnam arbitrariam delationem juramenti locum non habere, argumentis tamen ita parum concludentibus, ut cuilibet ex prima inspectione statim appareat ea minime stringere. Dicerem potius, præjudicia supremi Appellationum judicii, Curiæ Lipsiensis & Dnn. Scabinorum pro hac opinione a Carpzovio ibidem adducta ad illa tempora esse referenda, quibus actio ad palinodiam adhuc pro criminali fuit habita, aut juramenti delatio nec in civiliter intentata injuriarum actione admissa. Hodie vero postquam communiter pro civili habetur actio ad palinodiam, & in civili injuriarum actione admissa sit juramenti delatio *per d. decis.* 17. ea omnia responsa esse antiquata. Ergo quam maxime hic desidero præjudicia pro hac Carpzovii sententia, *dicta decisione* 17. recentiora. Et si talia adsint, velim rationes decidendi firmiores Carpzovianis. Breviter: Aut actio ad palinodiam criminalis erit, quod tamen est contra doctrinam Carpzovii *P. II. qu. 99. n. 51. & P. 4. const. 41. def. 21. n. 4.* Eckolti *ad Pand. de injur. §. 7.* Struvii *Exerc. 45. th. 6.* Magnif. Dn. D. Svendend. *ad process. Fibigii p. 633.* aut juramenti delationi *dicta decisione* 17. in *ea* locum habebit. Disputari quidem hæc ita possunt, sed audio tamen, his rationibus non obstantibus in supremo Appellationum judicio, nec hodie in actione ad palinodiam & pœnam arbitrariam juramenti delationem admitti.

VTILIS, NON CONTINVI] Quæstionem hanc late tractat, & argumentis dissentientium respondet Ant. Matth. *de injur. c.* 1. *n.* 17. *pag.* 955. *seqq.*

NAM CIVILIS EX L. CORNELIA] Adde iterum Ant. Matth. *d. l. n.* 7. *seq.* *p.* 958. *seq.*

QVIA SCRIPTVRA SEMPER LOQVITVR] Rationem hanc acriter perstringit Ant. Matth. *d. l. n.* 13. & quæstionem distinctione explicat.

AN SIT LICITA] Loquitur hic Auctor de Licentia Politica in foro exteriori, quam maxime respicit *d. decis.* 35. Alia est quæstio, an licita sit Ethice & in foro interiori conscientiæ. Quamvis affirmativam absolute non improbem, tutius tamen faciet, qui ea abstinebit. Procedit autem retorsio saltem in injuriis verbalibus *d. decis.* 35.

XVI. Superest quasi delictum, cum quis *non dolo, sed* culpa delinquere intelligitur, cujus VI. recitantur exempla: I. Male judicantis, *vel per errorem, vel imperitiam. Qui litem facit suam, & pars læsa, in quantum religioni judicantis æquum videtur, condemnandus est. pr. & l. ult. de var. & extra. cog. Sed ita, si pars læsa vel noluit, vel non potuit appellare propter paupertatem. arg. l. 8. §. 8. ff. mandat. l. 2. §. 1. ff. de custod. & exhib. reor.* * *Sed Medicus per imperitiam male secans tenetur ex delicto vero; ratio differentiæ: Quod* ex

Quasi delictum quid?

Cur judex male judicans ex q. delicto; medicus per imperitiam male secans ex vero

Actio contra-ria. contra L. Aquil. imperitia verum delictum non sit: Judex autem male judicando in L. Aquil. peccasse dici nequeat.

AD THES. XVI.

NON DOLO, SED CVLPA] Propria tamen, non aliena per ea, quæ dixi in *Philosoph. Jur. §. 142.*

TENETVR EX DELICTO VERO] Hoc non dixerim, nam imperitia medici culpæ annumeratur §. 7. *Inst. de Lege Aquil.* culpa autem facit quasi delictum: addeque notavi *ibid. §. 143.* In eo igitur non est controversiæ status: Cur judex non teneatur ex delicto vero? Sed: cur judex non teneatur ex Lege Aquilia, cum tamen medicus teneatur ex ea lege *d. §. 7. Inst. d. t.*

RATIO DIFFERENTIÆ] Quo præsupposito, ratio differentiæ, quam dat Auctor noster, petit id, quod est in principio: Nec sufficit dicere: Judicem male judicando in L. Aquiliam non peccare. Cur enim non peccat? Sane Lex Aquilia damnum omni culpa datum coercet; Hic vero adest damnum, adest & culpa Judicis. Communiter ea differentia profertur, quasi Judicis munus sit publicum, quod invitis imponi potest, adeoque cum judice lenius agi debeat, quam cum eo, qui privatim suoque arbitrio peritiam artis profitetur, præprimis cum olim servilis professio Romæ fuerit Medicina, *ibid. ex pluribus Huber. ad Inst. de oblig. quæ quasi ex del. nasc.* Verum agnosco quidem differentiam inter imperitiam medici, & imperitiam Judicis. Sed quid hæc differentia ad quæstionem propositam? Manet tamen & judicis imperitia culpa [alias enim plane non posset conveniri] & ergo adhuc ad L. Aquiliam spectavit, aut alia differentia adducenda. Agnovit hujus differentiæ imbecillitatem acutissimus VVissenbach, ut tamen eam defenderet, maluit culpam impingere Jurisprudentiæ. Ita vero inquit *disput. 43. ad Inst. th. 21. Judex per imperitiam, vel imprudentiam male judicans quasi delinquit, pr. Inst. de obl. quæ quasi ex delict. nasc. τὸ ἀδικεῖν ἢ τρίτος ἄτερ ὧν ἀδικεῖ, Arist. lib. 5. Medicus vero imperite secans vere delinquit, §. Imperitia 7. supra d. L. Aquil. Diversitatis rationes reddi possunt, si non usque adeo solidæ, & quæ plus quam necessitate Geometrica nitantur, tamen probabiles, quarum præcipua est, quod Medici voluntarium sit munus ultro susceptum, Judicis publicum, quod etiam invitis imponitur. Conf. l. 9. ff. de relig. l. 63. ff. de ædilit. edict. Cujac. 10. obs. 38. & 17. obs. 15. Duar. 2. disp. anniv. 17. & in l. 45. ff. de leg. 1. ubi redditis rationibus, quare cautio legatorum prohiberi in testamento possit non possit, frustrania, inquit; quibus non satisfaciunt hæ rationes, non sunt apti ad tractationem civilis sapientiæ. Ineptum est in hac scientia quærere ἀκρίβειαν.* Imo vero, inquam ego, ineptum est, culpam ignorantiæ nostræ adscribere velle scientiæ Juris, quæ quia scientia est, ideo non credenda tradit, sed scienda; scire vero est rem per causas cognoscere. Quod si igitur aperire deberem, quæ mea de hac opinione sit sententia, dicerem,

rum, Doctores, quotquot hactenus controversiam istam moverunt scrupulum in Jurisprudentia non invenisse, sed ex erronea hypothesi attulisse. Res ex ipsis fontibus optime cognoscetur. Cajus JCtus *lib. 3. Aureorum* ut ostenderet differentiam inter veros & quasi contractus, item, inter delicta vera & quasi, sententiam suam exemplis illustrare aggressus est; In quasi maleficiis autem primum exemplum affert de Judice male judicante. *Si judex*, inquit, recensente Triboniano in *l. 5. §. 4. de O. & A. litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est, & utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri.* Eadem verba Caji ex eodem *libro 3. rerum quotidianarum sive aureorum desumta* recensentur a Triboniano in *l. 6. ff. de extraord. cognit.* nisi quod iisdem in *dict. l. 6.* addantur sequentia: *ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, & in quantum de ea re aequum religioni judicantis visum fuerit, poenam sustinebit.* Unde obiter notamus vel Tribonianum in *d. l. 6.* aliquid verbis Caji de suo addidisse, vel quod magis credo, in *dict. l. 5. §. 4.* eadem truncata recensuisse, & ita novum exemplum extare Emblematum Triboniani a VVissenbachio non observatum. Quicquid hujus sit, Tribonianus verba *l. 6. ff. de extraord. cognit.* in *princ. Inst. de oblig. quae quasi ex del. nasc.* transtulit omnia, exceptis: IN FACTUM ACTIONE. Jam dico: omnem illum scrupulum, quem Doctores circa differentiam inter medicum & judicem imperitos faciunt, provenire ex falsa hypothesi, quasi actio legis Aquil. semper praesupponat verum delictum. Nam quando Cajus in *l. 4. ff. de O. & A.* ex qua desumtum est *princ. Inst. de obl. quae ex del. nasc.* dicit maleficia esse: furtum, rapinam, damnum, injuriam, per damnum non intelligit omne damnum, sed dolo datum *arg. l. 5. §. 4. 5. & 6. ff. eod.* Deinde quamvis Tribonianus post explicata furta & rapinas in *tit. 3. lib. 4.* etiam tractet Legem Aquil. non tamen putandum est, quasi Lex Aquilia semper coerceat verum maleficium. Hoc enim nullus veterum JCtorum asseruit, quin potius, quia in Legem Aquil. quoque omnis culpa venit *l. 44. ad L. Aquil.* necesse est, ut quandoque L. Aquilia etiam coerceat quasi maleficium *arg. d. l. 5. §. 4. 5. 6. ff. de O. & A.* Quoniam vero L. Aquilia simul cum culpa dolum coercuit, non potuit Tribonianus in recensendis actionibus, quae ob maleficium dantur, omittere actionem Legis Aquiliae, quippe quod una fidelia & dolum & culpam verum maleficium & quasi, dealbet. Neque enim & Tribonianus unquam asserit Legem Aquiliam solum ex vero delicto oriri, & si assereret, certe haec assertio cum JCtorum Philosophia parum conveniret. Ex his puto patere frustra quaestionem a Dd. formari, cur Judex imperitus teneatur ex quasi delicto, medicus vero imperitus ex vero. Nam quis unquam JCtus dixit, medicum imperitum ex vero delicto teneri? Si ergo respondeas: quia tenetur ex lege Aquilia, instabo, vitium consequentiae hactenus fuisse ostensum. Deni-

quæ & ad ſtatum controverſiæ, pro ut nos eundem informavimus: cur nempe medicus imperitus teneatur actione L. Aquiliæ, non autem teneatur Judex imperitus? eadem prope eſt reſponſio: Falſum ſcilicet eſſe iterum, quod Judex imperitus non teneatur Legis Aquiliæ actione. Neque enim & hoc Cajus, aut alius JCtorum unquam ſcripſerant. Et ſi iterum inferre velis; Iudex tenetur ex quaſi delicto, ergo non ex L. Aquiliæ, negabo ego iterum conſequentiam ob modo dicta. Cum enim Caji intentio ſit declarare differentiam verorum & quaſi delictorum, ſeu culpæ & doli per exempla, ſumſit ea, quæ primum ipſi inciderunt, & ita etiam judicis per imperitiam, quæ culpa eſt, male judicantis. Si de medico imperito tum temporis cogitaſſet, credo & hoc exemplum ab eo fuiſſe appoſitum. Quin imo, dum in *l. 6. ff. de extraord. cognit.* dicit, judicem imperitum teneri in factum actione, hanc in factum actionem commode per actionem Legis Aquiliæ utilem explicari poſſe arbitror, *vide quæ dixi in Phil. Jur. §. 148. ſeqq.* Cur vero Tribonianus omiſerit *in pr. Inſt. de obl. quæ quaſi ex del. naſc.* mentionem facere dictæ in factum actionis, ipſe viderit.

XVII. II. Dejectio vel effuſio ex cœnaculo facta, *quæ prætereunti nocitum eſt.* Cujus pœna, dupluni damni dati, *niſi liber homo læſus ſit. Nam ſiquidem occiſus, pœna 50. aureorum: Sin aliter læſus, arbitrio judicis punitur. §. 1. & d. l. 1. ff. de his qui dej. vel eff. Si vero ipſe dominus dejecit vel effudit, non hoc quaſi: ſed vero delicto tenetur.* III. Poſitio vel ſuſpenſio ejus, *quæ vulgo iter fit. l. 1. ff. de his qui dej.* quod ſi ceciderit, nocere poteſt. Cujus pœna eſt 10. aureorum. *§. item is. 1. Inſtit. d. tit. In eos, qui poſuerint vel pend. paſſi ſunt, non qui inhabitant. l. 5. §. 12. h.* IV. Damnum in navi, caupona, ſtabulo datum, *ubi exercitor navis, cauponæ, ſtabuli, de dolo vel furto in navi, caupona vel ſtabulo ab iis, quorum opera utitur, facto, tenetur ex quaſi maleficio. §. fin. Inſt. h. t. In duplum damni dati. l. fin. §. 1. Naut. caup. ſtab. l. unic. §. 2. ff. de furt. adver. naut. Suorum vero ſervorum factum non præſtant d. l. un. §. pen. ff. F. A. N. l. fin. §. 4. verſ. Serv. Quod ſi a viatore recepto damnum datum ſit, actio de recepto datur, quæ in ſimplum competit. l. 2. ff. naut. caup. ſtab. l. 6. §. 3. ff. eod.*

AD THES. XVII.

DEJECTIO VEL EFFUSIO] Nullane ergo erit, inquies, differentia inter quaſi delicta & culpam, quæ ex Lege Aquiliæ coercetur. Ita videtur quidem cuiſ-

quæ

quæ diximus, inferri posse. Nam si lex Aquil. coercet omnem culpam, & culpa constituit formale quasi maleficii, sequeretur quod ex omni quasi maleficio, oriatur actio Legis Aquiliæ & consequenter frustraneum sit obligationem ex quasi delicto seorsim a doctrina de Lege Aquilia exponere. Sed salva res est. Distingui enim omnino debet culpa propria in eam, quæ est causa vera aut immediata damni dati, & quæ est ejus causa per accidens aut mediata. In iis, quæ sequuntur quasi delictis, coercetur culpa propria quidem, sed quæ damni dati saltem est causa per accidens, aut mediata. At lex Aquilia coercet culpam illam, quæ damni dati causa vera est: adeoque ita pronunciandum erit: Omnis culpa, quæ coercetur ex lege Aquilia, est quasi delictum; & huc refer etiam judicem imperite judicantem, sed non omnis culpa seu quasi delictum coercetur per Legem Aquiliam, quo refer ea exempla, quæ in hoc §. recensentur.

EX COENACULO FACTA] Cui detur actio hæc, vid. apud Struv. ex. 14. th. 30. Contra quem detur, exponit idem th. 37. Ad quid detur, tractat Auctor hic. Quæritur: Si ex Studiosi cubiculo sit aliquid dejectum vel effusum, an in ipsum quoque danda sit hæc actio? Respondetur negando per elegantem textum in l. 1. §. 9. de his qui deject. Adde Huber. ad tit. Inst. de obl. quæ quasi ex del. nasc. th. 4.

CUJUS POENA] Quid Iure Saxonico obtineat, vide apud Noricum ad §. 1. Inst. de obl. quæ quasi ex del. nasc. Struv. ex. 14. th. 41.

SED VERO DELICTO TENETUR] Potius secundum dictum textum, quæ est præcedentem & ad hunc §. diximus, dominus si ipse dejecit, vel effudit, tenetur actione L. Aquiliæ, & quidem si dolose dejecerit vel effuderit ex vero delicto, si per culpam, iterum ex quasi delicto.

POSITIO VEL SUSPENSIO EJUS] Adde Struv. ex. 14. th. 35. seqq. Hodiernum usum quod concernit, quoniam ex præcedenti quasi delicto saltem damni dati vera æstimatio præstari solet per dicta a Norico & Struv. dd. ll. & vero per positionem & suspensionem nondum damnum datum est, ideo hodiernis moribus hæc actio plane non datur, sed cura magistratibus ædilibusque talia prohibendi commissa est. Huber. d. thes. 4.

NON QUI INHABITANT L. V. §. XII. HIC] Atqui l. 5. §. 12. loquitur de actione alia, non quæ datur ex positione aut suspensione ejus, quod nocere potest, sed quæ datur ex casu positi aut suspensi, quod revera nocuit, & nempe de actione L. Aquiliæ vid. Struv. ex. 14. th. 40. Alias actio de posito vel suspenso datur adversus eos, qui positum habent, sive inquilini fuerint, sive domini, & sive hi inhabitent ædes, sive non, modo in ædibus licet eas nemo inhabitet, quid ita positum habeant d. l. 5. §. 8. & 11. Struv. d. l. th. 38.

DAMNUM IN NAVI] Conf. dicta supra ad th. 9. verba: ministerium. An hodie ejus aliquis sit usus? quæritur. In simplum tantum dari putant Vinnius & Perkins; pœnam arbitrariam esse vult Regnerus, citante Struvio ex. 8. th.

 45. Conf.

ult. Conf. Schilt. *comp. Juris. ad tit. Nautæ, Cauponæ* p. 77. & Struv. *ex. 18. th. 37.* Negat autem Tabor *ad tit. furti adversus nautas th. 31. p. 978.* distinguens inter non usum, vel infrequentem usum, & inter Juris abrogationem. Cui accedit B. Lauterbach. *in Synops. tract. ad tit. Nautæ, cauponæ &c. th. ult.*

UBI EXERCITUR NAVIS] Naturam hujus actionis omnium optime exponit B. Lauterb. *d. l. th. 33.*

IN DUPLUM DATUR] Hoc duplum pro mera pœna habent Dn. Struv. *ex. 18. th. 26.* per *l. fin. §. 2. & 6. ff. nautæ, caupones* Schilt. *comp. Jur. p. 513.* per *l. un. §. 3. & 4. ff. furti adversus nautas.* Mihi videtur esse pœnalis mixta *arg. l. 6. §. ult. ff. nautæ, caupones.* Conf. Tab. *ad tit. furti adversus nautas t. 31. p. 977.* Struv. *in resol. p. 660.* Mecum consentit B. Lauterbach *d. l. th. ult.*

QUOD SI A VIATORE RECEPTO] Actio de recepto non solum datur, si a viatore recepto damnum datum, sed si a quocunque alio *l. 1. §. f. nautæ, caupones*, de cujus actionis natura vide elegantissime & ad praxin accommodatissime B. Lauterbach. *d. l. th. 17. seqq.* Add. Struv. *ex. 8. th. 106 seqq.*

Ex quasi delictis competit actio in factum.

XVIII. Competit ex his quasi delictis, actio in factum. *§. fin. Inst. h. tit.* * *Nec enim ad solos exercitores pertinet.* Etiam heredi, *cum pecuniarium plerumque damnum persequatur, non vero in heredem competit, dict. §. fin.* *Quia semper pœnam continet. l. ult. de var. & extraord. cogn. l. 5. § fin. ff. de his qui dej. vel eff.*

Quæ actio interdum privata, interdum popularis est.

Quæ interdum privata. *pr. & §. ult. Inst. h. t.* interdum Popularis est *l. 5. §. 5. & §. fin. ff. de his qui dej. vel eff.* *Ideoque interdum heredi, qua heres. d. pr. & §. ult.* *Interdum vero non tanquam heredi: Sed cuivis de populo competit. d. l. 5 §. 5. & §. fin.* *Ita tamen, ut is aliis agere volentibus plerumque præferendus. d. l. 5. §. 5. & §. fin.* *In patrem autem si filius forte quasi deliquerit, actio de peculio non competit: Sed cum ipso filio agendum est. §. 2. h. tit. l. 5. §. 5. verf. ideo de O. & A.* *Quia actio hæc in factum, non ex contractu venit. l. 1. §. 7 ff. de his qui eff. vel dej.* *Nonnunquam tamen si filius solvendo non sit, etiam pater de peculio, saltem post condemnationem conveniri potest. l. 35. de nox. act.* *Non quidem ex delicto filii: sed ex causa judicati, ex qua quasi contrahi potest. l. 1. §. 11. de pecul.*

AD THES. XIIX.

ACTIO IN FACTUM] Actio in factum ex his quasi delictis *thes. præced.* competentis quomodo differat ab actione in factum, seu utili Legis Aquiliæ, tradidi in *Philol. Inst. n. 196. seqq.*

QUIA

QUIA SEMPER POENAM CONTINET] Conf. tamen dicta ad th. praeced. Posset forte pro sententia Auctoris ita dicere, actionem hanc semper poenam persequi respectu rei, quamvis respectu actoris quandoque rei persecutio intendatur, nisi essent, qui hanc distinctionem inter duplicem respectum penitus rejicerent.

DISSERTATIO XX.

De
Jurisdictione & Magistratibus.

RESPONDENTE

JOH. VOLCKMARO Otleman / Sondershusa-Thuringo.

APHORISMUS I.

ATque ita de modis jus aliquod sibi acquirendi. Restant modi & media, quibus jus adquisitum persequimur, quae sunt Judicia, seu actiones forenses. Quorum vis consistit in potestate publica, jubendi & coercendi & dividitur in jurisdictionem, & imperium. Ergo vox jurisdictionis tam late non accipitur, ut comprehendat quandam speciem sibi cognominem, & imperium. Non obstante l. 2. §. 16. & §. 23. de O. jur. l. 1. de off. ejus cui mand. jurisd. Jurisdictio in causis civilibus est potestas jus statuendi, jure magistratus competens, atq; vel voluntaria, l. 2. de Offic. Proconf. quae est potestas jubendi volentibus & consentientibus in negocium certum, nempe legis actiones, l. 2. & 3. de Offic. Proconf. Etsi enim primitus actiones omnes, quibus homines inter se disceptarent, à JCtis solenniter compositae legis actiones dicerentur l. 2. §. deinde 6. de orig. jur. Tamen hoc nomen postea contractum voluntariae jurisdictionis actus sibi proprium fecere, solennitatis & autoritatis causa. Et potest distingui in ordinariam & extraordinariam. Ad illam pertinet adoptio, manumissio, emancipatio, d. l. 2. de Offi. Proconf. l. 4. de Adopt. §. 6. Inst. Quib. mod. jus patr. pot. solvit. Ejusque proprium est, quod quis actus suos apud se expedire possit. l. 5. de manum. vind. l. 4. & 5. de Adopt. Extraordinaria, quae non competit magistratui ipso jure potestatis, sed ex speciali concessione legis vel Principis. Agnitio bonorum possessionis edictalis, t. t. C. qui admitt. ad bonor. poss. l. 1. h. t. t. transactio de alimentis. l. cum hi. 8. ff. de transact.

Modi & media quibus jus acquisitum persequimur, quinam?

Jurisdictio quid?

Eaque vel voluntaria.

Legis actiones.

Jurisdictio voluntaria est vel ordinaria vel extraordinaria.

*in pr. & §. 18. de transact. Cognitio super manumissione, quae fit a minore xx. annis, Inst. quib. ex caus. manum. l. 9. l. 11. cum ll. seqq. de manum. vind. * Quo etiam referuntur insinuationes testamentorum, donationum, unio prolium, legitimatio.*

AD DISSERTAT. XX.

AD THES. I.

VOX JURISDICTIONIS TAM LATE NON ACCIPITUR] De Jurisdictionis Romanae homonymia & ejus speciebus ac divisionibus, de mero item & mixto imperio, tot sunt opiniones, quot fere Doctores. Cum enim Pandectae ex variis JCtis veteribus sint collectae, non potuit non evenire, ut in materia Jurisdictionis, tanquam vocis maxime homonymae, & ab uno JCtorum sic, ab alio aliter suppositae variae & fere innumerae deprehendantur antinomiae, in quarum conciliatione sudant Dd. quam maxime, & e contradicentibus duabus legibus unus affirmantem, alter negantem pro fundamento thesios suae eligit, ac uterque postea distinctione aliqua excogitata contradicentem istam cum assertione sua unire allaborat. Unde accidit, ut si Juris Studiosus vel in duos saltem Doctores materiam jurisdictionis tractantes uno tempore incidat, ob infinitas eorum & legum ab ipsis allegatarum contradictiones in maximas angustias ducatur quo se vertat nescius, contra intentionem Imperatoris *in §. 2. Inst. de J. & J.* Elige quos velis & deprehendes. Nobis tricas istas otiosis ingeniis relinquentibus placet sententia B. Eckolti *ad tit. de Jurisd. §. 1. De jurisdictione Romanorum multi multa scripsere, quae tamen plurima ipsa antiquabit temporis vetustas, adeo, ut qui Imperii Jurisdictionis modernae complicatam notitiam solo juris Romani scientia fretus indagare conatur, oleum & operam perdat, & de asino lanam quaerat.* Quod igitur ad usum modernum vocabuli jurisdictionis, ejusque divisionem attinet, de eo vide Struv. *ex. 4. th. 79. seqq.* B. Eckolt. *d. l. §. 2. seqq.* Schilt. *in comp. p. 11.* Hahn. *ad Wesenb. h. t. n. 8. f. m. 134. seqq.* & omnium optime Dn. Schilterum *exerc. ad Pand. 6.*

ET IMPERIUM] Adde Struv. *ex. 4. th. 51.* ibique *in resolut.* Differentiam Franck. *ad hunc tit. n. 3.* quem tamen Auctor in hac dissertatione, ut & passim alibi videtur, pro oculis habuisse.

VEL VOLUNTARIA] Franck. *n. 6. seqq.* Struv. *ex. 4. th. 66. seqq.* ubi addit tertiam speciem intermediam, quam tamen rejicit Dn. Schilter *Coroll. 3. & 4. ad exerc. 6.*

UBI ENIM PRIMITUS] Haec sunt verba Franck. *n. 8.*

DISTINGUI IN ORDINARIAM] Struv. *d. l. th. 52. seqq.* videtur Jurisdictionem in genere adeoque & contentiosam hoc modo dividere.

ADOPTIO, MANUMISSIO, EMANCIPATIO] Franck. *d. n. 8.* Hos actus refert Struv. *d. ex. 4. th. 67. n. 4.* ad extraordinariam jurisdictionem.

AGNI-

AGNITIO BONORUM POSSESSIONIS] Franck. n. 9. Hæc exempla Struv. th. 69. nec ad voluntariam, nec ad contentiosam jurisdictionem spectare dicit.

QUO ETIAM REFERUNTUR] Franck. n. 11. Hos actus saltem actiones facit. Struv. th. 72. jurisdictioni voluntariæ.

II. Vel contentiosa, quæ inter litigantes invitos exercetur. Utraque vocatur simplex, quando minoribus magistratibus inest, *sive Romæ, sive in provinciis.* *Quare cum quæritur, an detur jurisdictio simplex, non hoc est in quæstione, an jurisdictio seu potestas jubendi in se considerata, sit formaliter diversa ab imperio mixto; Sed hoc est in controversia, an detur aliquis magistratus, qui nudam jurisdictionem, sine imperio habeat. Quod verum est. Etsi enim potestas civilis in sese sit unum totum potestativum, ex duabus partibus potentialibus compositum: Tamen prout in magistratibus tanquam in concreto, reperitur, divisionem per partes subjectivas recipit, ita ut in alio magistratu jurisdictio nuda, in alio imperium esse queat.* In causis civilibus Magistratus, *ex hac præcisa formali ratione quia est magistratus, unde fit, ut non sit magistratus, qui non habet jurisdictionem, neque Jurisdictio sit penes aliquem, tanquam subjectum proprium, quin is continuo sit magistratus. Et ita differt tum a mero imperio & similibus, quæ non nisi speciali lege competunt, tum a notione nuda, quam habent ii, qui non sunt Magistratus, ut judices Pedanei, cognitores, recuperatores, l. 12. de judic. l. ult. C. de judic. per.* competens. Estque vel principalis & *propria*, vel non principalis, *seu non propria.* Illa aut ordinaria, quam quis principaliter suo jure & non beneficio alterius exercet. Aut extraordinaria, *quo refero tutoris dationem, quæ specialiter competit, l. 6. §. 2. de tut. pr. Inst. de Att. tut. Sed tamen in invitum datur. Item ubi de alienandis prædiis minorum agitur. l. 2. §. 1. de Off. ejus. Cognitio ex SCto, si dominus a familia dicitur occisus. l. 1. in fin. pr. de Off. ejus.*

Vel contentiosa.

Jurisdictio simplex.

Qua differt a mero imperio & nuda notione.

AD THES. II.

VOCATUR SIMPLEX] Conf. Struv. th. 57. Franck. n. 15. *seqq.* quamvis hic, quod imperium jurisdictionis speciem putet, paulo aliter.

ET ITA DIFFERT] Iterum verba Franck. n. 22.

VEL PRINCIPALIS, SEU PROPRIA] Franck. n. 31. Struv. ex. 4. *thes.* 16.

ILLA AUT ORDINARIA] Conf. notam ad *thes. preced.* Franck. n. 29. Struvii

one-

in pr. & §. 18. de transact. Cognitio super manumissione, quæ fit a minore xx. annis, Inst. quib. ex caus. manum. l. 9. l. 11. cum ll. seqq. de manum. vind. * *Quo etiam referuntur insinuationes testamentorum, donationum, unio prolium, legitimatio.*

AD DISSERTAT. XX.

AD THES. I.

V*OX JURISDICTIONIS TAM LATE NON ACCIPITUR*] De Jurisdictionis Romanæ homonymia & ejus speciebus ac divisionibus, de mero item & mixto imperio, tot sunt opiniones, quot fere Doctores. Cum enim Pandectæ ex variis ICtis veteribus sint collectæ, non potuit non evenire, ut in materia Jurisdictionis, tanquam vocis maxime homonymæ, & ab uno ICtorum sic, ab alio aliter suppositæ variæ & fere innumeræ deprehendantur antinomiæ, in quarum conciliatione sudant Dd. quam maxime, & e contradicentibus duabus legibus unus affirmantem, alter negantem pro fundamento theseos suæ eligit, ac uterque postea distinctione aliqua excogitata contradicentem illam cum assertione sua unire allaborat. Unde accidit, ut si Juris Studiosus vel in duos saltem Doctores materiam Jurisdictionis tractantes uno tempore incidat, ob infinitas eorum & legum ab ipsis allegatarum contradictiones in maximas angustias ducatur quo se vertat nescius, contra intentionem Imperatoris in §. 2. *Inst. de J. & J.* Elige quos velis & deprehendes. Nobis tricas istas otiosis ingeniis relinquentibus placet sententia B. Eckolti *ad tit. de Jurisd. §. 1. De jurisdictione Romanorum multi multa scripsere, quæ tamen plurima ipsa antiquitate temporis betustat, adeo, ut qui Imperii Jurisdictionis modernæ complicatam notitiam sola juris Romani scientia fretus absolvere conatur, oleum & operam perdat, & de asino lanam quærat.* Quod igitur ad usum modernum vocabuli jurisdictionis, ejusque divisionem attinet, de ... vide Struv. ex. 4. th. 73. seqq. B. Eckolt. d. l. §. 2. seqq. Schütz. in comp. p. 21. Hahn. ad Wesenb. h. t. n. 3. f. m. 134. seqq. & omnium optime Dn. Schilterum exerc. ad Pand. 6.

ET IMPERIUM] Adde Struv. ex. 4. th. 51. ibique in resolut. Dissentit Franck. *ad hunc tit. n. 7.* quem tamen Author in hac dissertatione, ... & passim alibi videtur, pro oculis habuisse.

VEL VOLUNTARIA] Franck. *n. 6. seqq.* Struv. ex. 4. th. 63. *seqq.* ubi addit tertiam speciem intermediam, quam tamen rejicit Dn. Schilter *Coroll. 3. & 4. ad exerc. 6.*

ETSI ENIM PRIMITUS] Hæc sunt verba Franck. *n. 8.*

DISTINGUI IN ORDINARIAM] Struv. d. l. th. 52. *seqq.* videtur Jurisdictionem in genere adeoque & contentiosam hoc modo dividere.

ADOPTIO, MANUMISSIO, EMANCIPATIO] Franck. d. *n. 8.* Hoc actus refert Struv. d. ex. 4. th. 67. n. 4. ad extraordinariam jurisdictionem.

AGNI-

AGNITIO BONORUM POSSESSIONIS] Frank. n. 9. Hæc exempla Struv. th. 69. nec ad voluntariam, nec ad contentiosam jurisdictionem spectare dicit.

QUO ETIAM REFERUNTUR] Frank. n. 11. Hos actus tamen assines facit Struv. th. 71. jurisdictioni voluntariæ.

II. Vel contentiosa, quæ inter litigantes invitos exercetur. Utraque vocatur simplex, quando minoribus magistratibus inest, sive Romæ, sive in provinciis. *Quare cum quæritur, an detur jurisdictio simplex, non hoc est in quæstione, an jurisdictio seu potestas jubendi in se considerata, sit formaliter diversa ab imperio mixto: Sed hoc est in controversia, an detur aliquis magistratus, qui nudam jurisdictionem, sine imperio habeat. Quod verum est. Etsi enim potestas civilis in sese sit unum totum potestativum, ex duabus partibus potentialibus compositum: Tamen prout in magistratibus tanquam in concreto, reperitur, divisionem per partes subjectivas recipit, ita ut in alio magistratu jurisdictio nuda, in alio imperium esse queat.* In causis civilibus Magistratus, *ex hac præcisa formali ratione quia est magistratus, unde fit, ut non sit magistratus, qui non habet jurisdictionem, neque Jurisdictio sit penes aliquem, tanquam subjectum proprium, quin is continuo sit magistratus. Et ita differt tum a mero imperio & similibus, quæ non nisi speciali lege competunt, tum a notione nuda, quam habent ii, qui non sunt Magistratus, ut judices Pedanei, cognitores, recuperatores, l. 12. de judic. l. ult. C. de judic. pet.* competens. Estque vel principalis & *propria*, vel non principalis, *seu non propria.* Illa aut ordinaria, quam quis principaliter suo jure & non beneficio alterius exercet. Aut extraordinaria, *quo refero tutoris dationem, quæ specialiter competit, l. 6. §. 2. de tut. pr. Inst. de Att. tut. Sed tamen in invitum datur. Item ubi de alienandis prædiis minorum agitur, l. 2. §. 1. de Off. ejus. Cognitio ex SCto, si dominus a familia dicitur occisus. l. 1. in fin. pr. de Off. ejus.*

Vel contentiosa.

Jurisdictio simplex.

Quæ differt a mero imperio & nuda notione.

AD THES. II.

VOCATUR SIMPLEX] Conf. Struv. th. 57. Frank. n. 15. *seqq.* quamvis hic, quod imperium jurisdictionis speciem putet, paulo aliter.

ET ITA DIFFERT] Iterum verba Frank. n. 22.

VEL PRINCIPALIS, SEU PROPRIA] Frank. n. 31. Struv. *cit. 4. thes.* 61.

ILLA AUT ORDINARIA] Conf. notam ad *thes. præced.* Frank. n. 39. sed vel

ordi-

censent hanc divisionem esse divisionem in principalem & non principalem.

TUTORIS DATIONEM] Struv. th. 67.

IN INVITUM] a Struv. th. 69. refertur ad jurisdictionem mediam inter voluntariam & contentiosam.

DE ALIENANDIS PRÆDIIS MINORUM] Hanc Struvius iterum d. th. 67. refert quidem ad extraordinariam jurisdictionem, non tamen ad contentiosam, sed th. 69. ad intermediam.

III. Non Principalis vel mandata est, quæ alieno *mandantis* beneficio exercetur. *l. 5. & 6. h. t. Mandatarius enim proprii nihil habet, sed ejus, qui mandavit, jurisdictione utitur, l. 1 §. 1. de Off. ejus, l. 16. l. 3. h. t. Unde & privatis recte potest mandari, l. ult. de Off. ejus. Secus atque jure Can. c. statutum, 11. de Rescr. in 6. Et mandatarii personam non egreditur, d. l. 5. h. t. Etsi ad Universitatem causarum mandata. * vel in specie mandandi potestas per primum mandantem facta fuerit. Quia & hic verum est, quod proprii nihil habeant. Judicem tamen dare potest mandatarius, l. 12. §. 1. de judic. Non obstante l. 13. ff. h. t. ubi dicitur, Magistratus, vel jurisdictionis mandatarius, debet & jurisdictionem habere, eo tempore, quo incipit judicare, arg. d. l. 13. §. 1. Hinc e tot fluctibus a Dd. circa subdelegationem excitatis enatari potest, (quia ex mandataria jurisdictionis, & judice dato, novum fecerunt ens delegati, ut de jure nova speciei ex hac confusione orta, & Proculiani cum Sabinianis commitri permissent, §. cum ex aliena, Inst. de rer. divis.) Si enim subdelegatus est idem cum mandatario jurisdictionis, delegatus nullus subdelegare potest: Sin cum Commissario solius causæ seu litis, utique potest. Quia committere causam dijudicandam nihil aliud est quam judicem dare. d. l. 12. §. 1. de judic. Sin medium quid & mixtum, ut solet corpus ex confusione ortum, commune est utrique, & hoc habet a priore, quod sententiam suam exequi possit, a posteriore, quod delegatum alium faciant ad Universitatem causarum, alium ad unam causam, quod judici Pedaneo non convenit, l. ult. de offic. Prætor.*

Jurisdictio simplex privatis mandari potest jure civili.

Subdelegatus an idem cum mandatario jurisdictionis?

AD THES. III.

NON PRINCIPALIS] Ex Franckio n. 33.

PRIVATIS RECTE POTEST MANDARI] Franck. n. 35. Struv. ex. 4. th. 35.

MANDATARII PERSONAM NON EGREDITUR] Franck. n. 36. Struv. th. 42.

III.

Digitized by Google

JUDICEM TAMEN DARE POTEST] Ex Franck. n. 37.

HINC E TOT FLUCTIBUS] Obscura paululum hæc Auctor. Clarius, ex quo hæc desumsit, Franckius n. 38. 39. Conf. n. 41. & Struv. th. 44. 45. & omnino Dn. Schilter. ex. 5. th. 21. ubi docet errare eos, qui a Judice mandato velint argumentari ad Commissarios hodiernos, adeoque titulum de officio ejus, cui mand. est jurisd. hodie parum utilitatis afferre. Adde eund. ex. 4. th. 21.

IV. Extinguitur Jurisdictio, mandati revocatione, *indistincte etiam post litem contestatam. Quia per viam contractus jurisdictio non transit, & jurisdictionem nolens quisque vi imperii Magistratus suscipere cogitur, l. 15. h. t.* Et morte mandantis, *re adhuc integra, l. 6. h. t. antequam judex aditus & judicium captum sit. l. 18. h. t. Quod fit per solam citationem, §. ult. Inst. de perpet. & temporalib. action.*

AD THES. IV.

EXTINGUITUR JURISDICTIO] Franck. n. 40. Struv. th. 45.

V. Vel prorogata, quæ consensu litigantium, *vel expressa conventione, non nuda, neque legitima, sed stipulatione, (Licet enim hac actionem producat, ea tamen non nisi quod interest, loco contemto litem exerceri, persequitur.) Sed aditione judicis, quæ per libelli oblationem, aut satisdationem explicatur firmato, d. l. 18. Vel tacite, idque aut litis contestatione, rei exceptionem fori omittentis. l. 4. C. t. Unde usque litis contestationem locus est pœnitentiæ: aut reconventione, per quam actor, rei forum sequens, tenetur & reo intrare eodem judice, etsi non suo Nov. 96. c. 2. l. 14. in fin. C. de sentent. & interloc. junct. Auth. seq. C. eod. tit. l. 11. §. 1. h. t. l. 22. de judic.* exercetur in illos qui eidem subjecti non sunt, *l. 18. h. t. l. 1. ff. & l. 1. C. h. t. Præsupponenda est itaque jurisdictio, quæ prorogari possit, quia ea non privatorum, sed legis est l. 3. C. h. t. l. 5. de Precar. Sed oportet tamen uni communi jurisdictioni seu eidem territorio subesse, unde in judice & subdito, qui sub duobus Principibus æque supremis, alter alterum non recognoscit, non erit locus prorogationi, si alterutter post sententiam dictam ex litigantibus parere nolit. Deinde locum habet in meris magistratibus, qui nec simul sunt Domini terrarum, nec jurisdictionem habent patrimonialem: Sed & volunt Dd. jurisdictionem ejusdem generis esse, ut nec Civilis ad criminalem, neque Ecclesiastica* Jurisdictio prorogata quæ?

ad

*ad politicam, neque Feudalis ad allodialem prorogari possit. Illud non interest, jurisdictio propria sit an delegata. Caeteroquin * etsi postquam consensum est, supervenerit illa, prorogatio invalida videtur, Paurm. 1. de jurisdict. c. 27. n. 32. fitque vel de persona in personam, vel de causa in causam, vid. Donell. 17. Com. 10. Non ad locum & tempus. Vide Vinn. 1. sel. qq. 4.*

AD THES. V.

PROROGATA QUAE COMMUNIS] Frantzk. *n. 41.*

VEL EXPRESSA CONVENTIONE] Frantzk. *n. 46. 47.*

VEL TACITO] Frantzk. *n. 48. 49.* ubi hanc tacitam subdividit in eam, quae fit facto hominis per omissionem exceptionis fori incompetentis, & quae fit auctoritate legis per reconventionem. Non incommode Struv. *th. 39.* jurisdictionem prorogatam statim subdividit in legalem, quae fit per reconventionem, & spontaneam, hanc postea iterum in eam, quae fit consensu expresso, scil. editione judicis, & quae tacito per litis contestationem.

PRAESUPPONENDA EST ITAQUE] Frantzk. *n. 43.*

UNDE IN JUDICE ET SUBDITO] Hodie non esse locum prorogationi spontaneae jurisdictionis, notant ii, quos allegat Struv. *d. l.* quibus adde quae erudite contra Berlichium disserit Dn. Schilter *ex. 6. th. 2.* Porro alium usum practicum prorogatae jurisdictionis observat Struvius *d. l.* scil. ex prorogata initio jurisdictione non contradicente, vel etiam consentiente superiore videri ortum duxisse, quod quibusdam in locis ad alium, qui nec superior, nec competens alias est judex, possit appellari.

FITQUE VEL DE PERSONA] Frantzk. *n. 44.*

NON AD LOCUM ET TEMPUS] Adde Sichhv. *rubr. de jurisd. proroge n. 5. & C.* Sacbola *aphor. 374.*

Imperium Mixtum.

VI. Imperium est potestas publica coërcendi. Estque vel mixtum, vel merum. Illud in causis civilibus in jussione & modica coërcitione consistit, cum jurisdictione perpetuo conjunctum, *l. fin. de offic. ejus cui mand. Scilicet, ubicunque in uno subjecto circa causas civiles concurrit, & jussio & coërcitio; ibi appellatur utraque sic juncta potestas, imperium mixtum. Ita semper in magistratibus majoribus vox imperii includit jurisdictionem, etsi negotium in actu exercito nihil imperii includat. Hinc quando dicitur in l. 4. ff. h. t. jubere caveri praetoria stipulatione & in possessionem mittere esse imperii hoc intelligendum est in concreto, quasi dicat JCtus, has actus non esse magistratuum minorum, sed quibus est imperii.*

[illegible] magistratibus majoribus vox imperii includit jurisdictionem.

perium per l. 26. §. 1. ad Municip. Et est tamen in se formaliter jurisdictionis. l. ult. C. ubi & ap. quam. Ita judicis datio est imperii, id est Prætoris imperium habentis. l. 12. de judic. Formaliter tamen est jurisdictionis. l. 3. ff. de jurisd. Iubere caveri prætoria stipulatione est imperii. l. 4. h. t. sed est jurisdictionis formaliter & in abstracto. l. 5. de V. O. verf. nam & hæ &c. l. 1. in f. ff. de præt. stip. Mittere in possessionem est imperii. l. 4. & 26. ad municip. Sed est & jurisdictionis. l. 1. & 4. §. duas. 3. ff. de dam. inf. l. 1. ff. Ne vis fiat ei. Bonorum possessio est imperii. l. 3. ff. h. t. sed est in se jurisdictionis §. sed eas. 4. Inst. de bon. possess. Novi operis nunciatio imperii est. l. 7. §. si paciscens. ff. de pact. Et est jurisdictionis. l. 1. §. 9. de O. N. Nunc. Quidquid ergo faciunt magistratus majores faciunt jure imperii, cui jurisdictio inest; Ut vice versa minores vi jurisdictionis simplicis, ut latius deductum in Recitationibus nostris publicis ad tit. de jurisd.

AD THES. VI.

Separatum] Franzk. n. 51.

Scilicet Unicuique] Aliter Franzk. n. 52. mixtum imperium in id, quod jurisdictioni cohæret, eique quasi subservit, & in id, cui jurisdictio inest, subdividens; Conf. Struv. th. 57.

VII. Merum Imperium est potestas animadvertendi in facinorosos, d. l. 3. h. t. Neque idem cum jurisdictione criminali, neque diversum. Talis enim jurisdictio communium est. Dicitur autem merum, non quod cognitio ibi non sit; quod cognitio & condemnatio per se tendant ad vindicationem vel punitionem. Quod secus est in imperio mixto, ubi coërcitio non per se, sed in supplemeas adhibetur, si sententiæ non paretur. Competit autem non jure Magistratus, sed speciali concessione; * Etiam privato quod communiter hodie mutatum asserunt, quamvis invita Jurisprudentia. Equidem status imperii, specie cujusdam αὐτονομίας, magistratus creant, iisque jurisdictionem & Imperium merum concedunt. Non tamen ideo merum Imperium jure Magistratus competit, non magis atque olim cum Imperator aliquem Præsidem Provinciæ crearet, potestatem gladii concedens. Quia sufficere debet, quod ab initio propter hoc Magistratus non sint constituti, tametsi postmodo & hæc facultas lege ipsis sit indulta, vel officio illorum annexa. Franzk. comm. h. t.

Merum.

Hoc non est idem cum jurisdictione criminali.

Competitque ex speciali concessione.

AD THES. VII.

MERUM IMPERIUM EST] Frank. n. 53. Struv. th. 73.

TALIS ENIM JURISDICTIO COMMENTITIUM EST] Disputat hic contra Frank. qui n. 54. seqq. contra Hilliger. & Obrecht. merum imperium & jurisdictionem criminalem idem plane esse asserit. Ideo vero dicit autor, jurisdictionem criminalem esse commentum, quia initio theseos primæ præsupposuerat contra Frankium, jurisdictionis vocem in Jure Romano de imperio non prædicari. Quicquid hujus sit, apparet litem esse de vocibus, non de re ipsa, cum merum imperium sit potestas animadvertendi in crimina. Et quod hodiernum usum concernit, moribus nostris jurisdictio criminalis amplius commentum non est. Vid. Eckolt. hic §. 1. a qua non multum differt merum imperium Romanorum.

DICITUR AUTEM MERUM] Iterum contra Frank. n. 55.

QUOD COMMUNITER] Sensus non est, quod communiter negent hodie etiam privato concedi posse merum imperium, sed quod negetur amplius competere ex speciali concessione. Vide distinctius Frank. n. 56. 57. 58. 59. Scilicet refutantur illi, qui putant hodie jure Magistratus competere merum imperium. Ceterum Dn. Schilter tertiam opinionem ex. 6. th. 8. eligit, nimirum hodie merum imperium venire nec jure Magistratus, nec ut Auctor & Frank. putant, ex speciali concessione, sed jure proprio.

Meri Imperii gradus quot?

VIII. Ejus *Dd. vulgo sex; sed JCti tres autem pœnarum faciunt* gradus, primus comprehendit eas pœnas, quæ vitam naturalem adimunt, *& ultimi supplicii appellatione continentur*: Secundus eas, quibus vita Civilis, *seu libertas vel Civitas* adimitur, *quo pertinet damnatio in metallum, deportatio, quam Præses non habuit, l. 6. §. 1. de interd. Etsi merum Imperium habuit, l. illicitas. 6. §. 8. de Off. Præs. In cujus locum Proscriptionem seu Bannum Imperii hodie successisse volunt; Quod tamen non nisi secundum quid potest recipi.* Tertius, reliquas pœnas complectitur, quæ salva vita naturali & civili, infamiam cum damno pecuniario, vel corporis cruciatu aliquo irrogant, *quales sunt: Relegatio, fustigatio, membri amputatio &c.*

AD THES. IIX.

SED GRADUS] 1. Imperium maximum, ut potestas condendi leges 2. Majus, ultimum supplicium 3. Magnum, deportatio. 4. Parvum, relegatio, & pœnæ, quibus corpus affligitur. 5. Minus, modica coërcitio 6. Minimum, mulcta. Vid. Hahn. *ad Wesenb. h. t. n. 5. f. m.* 590.

JCTI TRES] Frank. n. 60. Fundamentum hujus divisionis sine dubio quæritur

in

in *l. 28. ff. de pœn.* Paulo aliter Strur. *thes.* 76. & forte melius pœnas, quæ graviorem coercitionem morti affinem corpori infligunt, ad gradum secundum medium refert, quas Auctor refert, ad gradum tertium. Add. Hahn. *ad Wesemb. d. l. §.* 130.

Quasi Partes Non Habuit] Cujus ratio communiter ea afferri solet, quod deportationis pœna civitatis jus potissimum adimat, in qua Præses nullam auctoritatem obtinuerit & per consequens suam jurisdictionem, quam tantum in provinciales & in provincia exercere potuit, eo extendere non potuerit, vid. Frantzk. *de offic. præs.* n. 4. Sed huic rationi obstat, quod Præses habuerit jus in metallum damnandi *l. 6. §. 8. de offic. præs.* per damnationem autem in metallum una cum libertate jus civitatis amittitur *arg. §. 1. Inst. de cap. diminut.* Melior igitur est altera, quam suppeditat Frantzk. *d. l. n.* 4. ratio. Adde Struv. ex. 4. th. 34. *ibique in resolut.* & Autorem *infra th.* 17.

IX. Hoc nequit mandari, *l. 1. de Off. ejus cui mand.* * *neque hodie quidem mandatur. Etsi enim Principes non ipsi cognoscant de crimine: Tamen non magis concessio imperii hujus mandatum dici potest, quam olim cum Princeps Præsidem creabat. Neque exceptio tractatur in l. ult. C. qui pro sua jurisd. Neque jure Canonico esse videtur, nisi diserte probetur.* Excepto casu justæ ac necessariæ absentiæ, *l. 1. de Off. ejus. Cui adjiciunt DD. & casum infirmæ valetudinis.* * *Quibus casibus merum imperium non solum mandatur quoad cognitionem: Sed & quoad executionem,* * *Neque in solo crimine violentiæ mandari potest: Sed in omni omnino.*

AD THES. IX.

Neque Hodie Quidem Mandatur] Vide quos allegat Struv. *th.* 81.*

Neque Jure Canonico] Adde iterum Struv. *d. th.* 81. & *in resolut. ibid.* ubi respondet ad textus obstantes.

Infirmæ Valetudinis] Dissentiente Scipione Gentili per *l. 2. de feriis. & excusat. muner.* cui respondet Struv. *in resolut. ad ex.* 4. *th.* 40. Alios autem casus exceptos ab aliis allatos rejicit cum Gentili Struv. *d. th.* 40.

In Solo Crimine Violentiæ] Non obst. *l. 1. pr. de off. ejus cui mand. est jurisd.* ad quam respondet Struv. *in resolut. d. l.*

X. Causa efficiens Jurisdictionis in genere est omnis, penes quem est summa potestas. in *Republ. populus, in Aristocratia Optimates, in Monarchia Princeps. Non solus Imperator ubiq. Non tamen in illa residet formaliter: Sed effective, seu virtualiter. Quia Jurisdictio jure Magistratus competit. Magistratus vero est instrumentum summæ potestatis. Nemo autem sui ipsius est instrumentum.* Jurisdictio quomodo resideat in summa potestate?

tum. Quod non intelligentes veteres super vacuo disputarunt, an & quando cumulative, vel privative Princeps eam concessisse credendus sit. Neque alicujus momenti est quæstio, nisi hodie quoad patrimonialem jurisdictionem. In specie præscriptio, *non quidem in sensu negativo, quando præscribitur libertas contra jurisdictionem, ne sis subjectus amplius jurisdictioni hujus vel illius Magistratus: Sed positive, ut jurisdictionem tibi adquiras, & hoc vel simpliciter, ut ex privato fias Magistratus, quod fieri nequit. Quia qui jurisdictionem sibi arrogat, in Majestatis crimen incidit, l. 3. ad L. Jul. Majest. Vel secundum quid, ut Magistratus officio suo ampliores adquirere terminos possit, l. 8. C. de divers. Off. Sed & moribus nostris, qui Dominus est territorii, & jus perpetuum & transmissibile & jurisdictionem patrimonialem præscriptione adquirere potest, si actus jurisdictionales in alieno territorio exerceat, alterius possessione per prohibitionem interversa, ut Principes, Comites, Barones &c. In quibus terminis adquiri etiam ex contractibus poterit & conventione. Sed in præscriptione tantum intelligitur præscriptum, quantum invenitur possessum, si alias sit in generali possessione jurisdictionis, aut præscriptio non fundata jure communi: Alias uno jurisdictionis actu præscripto, reliqui etiam qui ejusdem generis, præscripsi videntur, secundum Wesenb. hic parat. n. 12. in fin.*

Jurisdictio quo sensu præscriptione acquiratur.

Moribus nostris a domino territorii jurisdictio quoque præscribi potest.

AD THES. X.

CUMULATIVE VEL PRIVATIVE] De proposita quæstione variæ sunt opiniones. Alii enim statuunt I. cumulative concedi jurisdictionem, quia (1.) in dubio ita sit pronunciandum Carpz. *L. 1. resp. 11. n. 9.* Frantzk. *l. 1. resol. 15. n. 10.* (2.) quia princeps retineat superioritatem territorialem, cum qua connexa sit jurisdictio (3.) quia princeps cognoscat de appellationibus (4.) quod possit Princeps citare vasallorum suorum subditos iis irrequisitis. Nicol. *in process. cap. 58. p. 544.* Carpz. *in processu tit. 7. art. 3. n. 21. f. 116.* II. Alii statuunt quod privative concedatur (1.) quia concedens ipse eam non possit exercere in pagis illorum, in quibus concessit. Carpz. *in process. tit. 2. art. 2. n. 34. f. 48.* (2.) quod princeps causam a judice inferiore ea pendente non possit avocare, & quæ sunt aliæ rationes, quas vide apud Frantzk. *d. l. 1. resol. 15.* III. Hæ duæ opiniones præcedentes non incommode videntur conciliari posse, si distinguas inter Jurisdictionem concessam simpliciter v. g. præfectis deren Amtleuten und Schöffern. & concessam cum feudo, & castro, vel etiam titulo onerosa, v. g. locationis, emtionis. Illa cumulative, hæc privative videtur esse

se translata. Conf. Frantk. d. l. Alii ut Strav. *Synt. feud. c. 6. aph. 18.* IV. dicunt nec cumulative, nec privative concedi Jurisdictionem, sed subordinate, ita ut jurisdictio sit penes principem, tanquam fontem, & quoad secundam instantiam, penes vasallum autem quoad primam instantiam. Conf. iterum Frantk. *d. l.* Hæc sententia non sufficit Bechmanno *ad ff. p. 165.* qui alio modo respondet, interim tamen verbis saltem dissentire videtur. Cæterum quoad hanc quæstionem vide quæ novissime & erudite disserit Dn. Schilt. *ex. 6. ad Pand. th. 21.*

PRÆSCRIPTIO] Quem modum male a nonnullis cum consuetudine confundi notat Hahn. *ad VVesenb. h. t. n. 9. f. 175. seq.*

NON QUIDEM In SENSU NEGATIVO] Non male distinguit Hahn. *dict. l. f. 176.* inter jus vetus & hodiernum: Illo jurisdictio tanquam res extra commercium præscribi non potuit, non obstantibus iis, quæ allegat VVesenb. *d. n. 9.* Hoc vero poterit præscribi, quia hodie est patrimonialis.

VVESENBEC. HIC] Cujus sententiam ulterius declarat Hahn. *ibid. fol. 177.*

XI. Effectus est in ejus exercitio. *Dum judex in jus vocat, interloquitur, dilationes concedit, sententiam fert, mulctam dicit.* Et actionibus pro ea tuenda, *nimirum* confessoria & negatoria *utili, ex DD. sententia, quod recte defenditur quoad jurisdictionem patrimonialem. Cæteroquin ex ratione juris Civil. quo Magistratus nil nisi potestatem habent, si turbentur, actionem non habent: Sed si ipsi se tueri non possunt, ad Principem referre debent.*

AD THES. XI.

CONFESSORIA ET NEGATORIA] Adde VVesenb. *h. t. n. 13. & ibi Hahn. f. 178.*

XII. Finitur jurisdictio morte ejus, qui eam exercet. *Sed & ob nimiam crudelitatem. Dn. Carpz. Resp. 1. 6. 53. 11. per l. 1. C. de Emend. ser. l. ult. C. quemad. civ. mun. jud. lib. 10.* Mandata, mandantis. *l. & quia 6. de jurisd. si decesserit, antequam mandatarius gerere cœpit, d. l. 6. h. t. quod tum intelligitur, ex frequentiori DD. calculo, si citatio emissa, Br. in l. 5. n. 17.* Et mandatarii, *item revocatione & termino commissionis elapso.*

AD THES. XII.

FINITUR JURISDICTIO] Adde VVesenb. *h. t. n. ult. ibique Hahn. in notis.*

XIII. *Cum itaque & Jurisdictionem & Imperium Magistratus exercuerit, etiam de illo ejusque officio videamus.* Magistratus alii erant urbani, *iique vel ordinarii,* Consules, *dicti, quod ad senatum referrant, & ejus sententiam consulant, Liv. lib. 7. penes, quos post ejectos* Consilio

Digitized by Google

Hos Reges fuit summa potestas: Sub Imperatoribus autem evibuit, hinc in ff. nostris h. t. hi fere non nisi voluntaria jurisdictione erant præditi. *Senatoris autem nomen potius ordinis, quam magistratus erat.* Præfectus prætorio, qui post Imperatorem omnium rerum arbitrium obtinet. *l. 40. C. de decur. l. 1. C. de Off. A quo nec appellari, l. un. §. 1. ff. h. nec adversus ejus decreta minores per alium, quam ipsosmet præfectos in integrum restitui poterant, d. l. un.* Præfectus urbi, qui sub Augustis omnibus Magistratibus urbanis antecelluit *l. 3. C. h. t. Quoad dignitatem Præfecto Prætorio par, l. 1. C. de præf. præt. lib. 12. potestate vero inferior, cujus potestas urbe, & centesimo lapide extra illam terminabatur, l. 1. pr. junct. §. 4. h. t. Unde verba (intra Italiam) aut erunt suppostitia, vel ex d. §. 4. restringenda, ab eoque appellabatur, l. 37. de min. l fin. C. de his, qui per met. jud. non app. vid. Pancirol. Comm. ad Not. Imp. Or. c. 25. Ad hujus præfecturam potissimum spectabat defensio quietis publicæ, ob quam milites stationibus dispositos habuit, l. 1. §. 12. h. t. Cura annonæ, l. 1. C. & l. 1. §. 11. ff. h. t. ut nummularii se probe gerant in officio suo, d. l. 1. §. 9. datio tut. vel Curat. §. 4. Inst. de Att. tut. Jus gladii, §. 3. & 10. h. l. 8. §. 5. de pæn. Vide Dissertationem nostram de centum lapidibus.*

Præfectus prætorio.

Præfectus urbi.

AD THES. XIII.

Alii Sunt Urbani] Ex Frank. *de Senat. n. 4.* Adde Struv. *ex. 4. th. 9.*

Consules Dicti] Struv. *d. l. th. 10. seqq.* De usu hodierno Dn. Schilt. *ex. 5. th. 5.*

Nonnisi Voluntaria Jurisdictione] Frank. *hic n. 4.* VVesenb. *hic.* Quibus respondet Hahn. *ad VVesenb. ibid.* Adde Struv. *ex. 4. th. 11.*

Senatoris Autem] De Senatoribus tam quoad doctrinam juris civilis, quam quoad usum hodiernum vide Struv. *exerc. 4. th. 1. seqq.* Dn. Schilt. *d. ex. 5. th. 2. 3. 4.*

Potius Ordinis, Quam Magistratus] Frank. *de Senat. n. 5.* Struv. *ex. 4. th. 3.*

Præfectus Prætorio] Frank. & Struv. *ad tit. de off. Præf. Præt.*

A Quo Nec Appellari] Applicat hanc doctrinam Dn. Schilter *ex. 6. th. 6. & 7.* ad Electorum & quorundam Imperii Statuum, ac inprimis ad Serenissimi Electoris Saxoniæ de non-appellando privilegium, & quæstiones aliquot practicas eo spectantes definit.

Præfectus Urbi] Frank. & Struv. *ad tit. de off. præf. urbi.* Ejus simulacrum in Vicecancellario & Gubernatore urbis Romæ quærit Dn. Schilter *ex. 6. th. 8.*

Ca-

CUJUS POTESTAS URBE] Vid. l. ult. ff. h. t. quam præter Struv. ex. 4. th. 17. in fine docte explicat Dn. Schilt. th. 1.

XIV. Quæstores; quorum quatuor genera, alii Candidati Principis dicebantur, qui orationes Cæsarum, epistolas, libellos in Senatu recitabant, quos SCta subsequebantur, l. un. de off. Quæst. Tandem cum Præfecto prætorio judiciis præsidebant, Cujac. n. h. t. deque his est rubrica Digest. & Cod. de off. Quæst. & Nov. 35. Alterum genus est in Nov. 80. qui coërcendis hominibus otiosis, peregrinis, vagantibus operam dabant. Tertium, Quæstores parricidii coërcitioni criminum capitalium deputati. Quartum, qui pecunias publicas curabant, atque vel in urbe ærario præerant, vel provincias sortiebantur. Prætores, quorum officium in jure dicundo, propterea jurisdictionem habebant, potissimum autem in datione judicum. Non enim nisi raro & extra ordinem ipsi judicabant. Hinc differentia inter jus dicere & judicare. Vel extraordinarii: Præfectus vigilum, qui non ordinaria jurisdictione; sed extra ordinem, si quid noctu admissum cognoscebat. l. 1. in fin. h. t. Vide & l. 3. h. t. Denoctu ambebat oberrare calceatus, cum hamis & dolabris. Hama est vas amplum aquam siphonibus exprimens. Turneb. 19. 23. Vide Plin. 10. 42. An possit de causis capitalibus cognoscere? pugnant l. pen. ff. de cond. caus. dat. & l. un. C. h. Vide Cujac. in expos. Nov. 13.

Quæstorum quatuor genera.

Prætores.

Ipsi raro judicabant.

Præfectus vigilum.

Hama quid?

AD THES. XIV.

QUÆSTORES] Frantzk. & Struv. ad tit. ff. de officio quæstoris.

CANDIDATI PRINCIPIS] His æquiparare solent hodie Cancellarios. Struv. d. th. Frantzk. n. 9. seq.

PRÆTORES] Frantzk. Struv. ad tit. de offic. Prætoris.

PRÆFECTUS VIGILUM] Frantzk. & Struv. ad tit. de offic. Præf. Vigil.

SI QUID NOCTU ADMISSUM] Præprimis arcebat incendia oborta l. 3. d. tit. Unde quærit Dn. Schilter ex. 5. th. 10. p. 144. an magistratus municipalis possit absque Principis confirmatione ordinationes curam incendiorum arcendorum concernentes condere?

HAMA EST] Aliter Hahn. ad Wesenb. h. t. f. m. 115. Hama significat longum quoddam instrumentum, ferream cuspidem & recurvam habens, quo pauliquer a nobis disjuncta vel remota attrahimus. Dolabra vero instrumentum, quo ligna complanantur ad portas refringendas commodatissimum.

PUGNANT LEX PEN. ff. DE COND. CAUS. DAT.] Cujacius Auctori citatus, Struv. item & Frantzkius hos textus ita conciliant, quod l. pen. de cond. caus. dat.

dat. loquatur de servis *d. l. 2. C.* vero intelligenda sit de liberis hominibus, quibus adstipulatur Gottofred. *ad d. l. penult. & ad d. l. 2.* Sed hanc responsionem rejicit Hahn. *ad Wesenb. d. l.* quia *d. l. un. C.* in genere prohibeat præfectum vigilum de caussis capitalibus cognoscere, & putat præfectum vigilum in *d. l. pen.* de facto sibi hanc potestatem sumsisse non de jure. Verum si de facto sibi sumsisset, haud dubie id, tanquam singulare notasset Pomponius. An ergo ita dicendum? Potestatem ultimo supplicio personas viles afficiendi olim quidem Præfecto vigilum competentem *d. l. pen.* postea ab Imperatoribus eidem plane fuisse ademtam *per d. l. un. C.*

Proconsul.

XV. Alii Provinciales, Proconsul, *qui sub Augusto, provincias aliter, atque Rep. stante (ubi in consulares & prætorias dividebantur) dividente, aliasque Senatui relinquente, alias, & quidem validiores ipso suscipiente, in has mittebatur, consularem potestatem & insignia habebat, hoc excepto, quod sex tantummodo fascibus utebatur, l. proconsules. 14.* Insigniaque *statim atque urbem egressus esset, suscipiebat, nec peracto magistratu, nisi sub porta urbis deponebat, l. 14. h. t.* Erat autem Magistratus annuus, *licet in adventum usque successoris, publica utilitatis caussa, jus diceret, l. 10. h. t.* Qui vel ordinarius, vel suffectus. *l. 1. de tut. & Cur. dat. jurisdictionem habebat plenissimam & omnium partes, qui Romæ vel extra urbem, jus dicebant, ad ipsum pertinebant, l. 7. §. ult. & l. seq. h. t.* Exceptis caussis pecuniariis fiscalibus, *quæ ad Procuratorem Cæsaris pertinent. l. 9. pr. h. t. Eamque Jurisdictionem statim atque urbe egressus, habebat, & donec reversus eam intrabat, retinebat: Voluntariam etiam in abitu vel reditu exercens, l. 1. & 2. §. fin. h. t.* Ei in provinciam eunti legatus adjungebatur, *cui provinciam ingressus jurisdictionem suam mandabat, l. 4. §. fin. h. t. l. 6. §. 1. eod.* Quo *casu tamen non pro nudo mandatario habendus jurisdictionis, sed illam habebat jure proprio, l. 4. de off. ejus. l. 13. h. t.* Proconsul enim *mandans non tam jurisdictionem confert, quam potius declarationis hac occasionem præbet illius ab lege in hunc eventum jam pridem collatæ usurpandæ.* Hinc & *Proconsul a sententia hujus appellatur, l. 2. quis a quo. app.* Legatus tutorem dare. *l. pen. h. t. de suspecti crimine cognoscere, d. l. 4. de off. ejus. apud ipsum manumissio expediri potest. l. 17. §. 1. de man. vind. cui nec obstat. l. 2. §. fin. h. t. quæ de legato nondum provinciam ingresso accipienda.* Dissentit Cujac.

Legatus proconsuli adjungebatur.

Qui non erat nudus mandatarius jurisdictionis.

l. O.

t. O. 1. Habet & cognitionem de criminibus, ab initio extraordinario mandato Proconsulis, l. 6. pr. h. t. postea indefinite ex L. un. C. h. t. Sed de illis sententiam non pronunciat, nec delinquentes punit: Sed causam cognitam ad Proconsulem remittere cogitur, d. l. 9. pr. juncta l. 11. h. t.

AD THES. XV.

PROCONSUL] *Frantzk. & Struv. ad tit. de off. proconsulis & Legati. Don. Schilt. exerc. 5. th. 31.*

QUÆ DE LEGATO NONDUM] Hanc responsionem alterius declarat Frantzk. *t. n. 10.* Conf. Struv. *th. 31.*

XVI. Præfectus Augustalis est, *quem Socrates & Sozomenus* Ἀλεξανδρείας ἔπαρχον, *Epiphanius, Præfectum Alexandriæ. Trip. hist. l. 9. c. 27. Menologium Græcorum* Αὐγουστάλιον Ἀλεξανδρείας. *Vide Fabrot. ad L. XI. de pag. sur. & temp.* qui ab Imperatore Ægypto præficitur, *l. 1. de postul. l. 35. §. præfectus. ff. ex qu. caus. Ex quo in provinciam illa redacta; is sumitur ex Equitibus, non Senatoribus, Dio. lib. 53. Tac. lib. 12. Arrian. de exped. Alex. II. & habet imperium ad instar Proconsulis, d. l. un. h. quod non prius deponit, quam successor ejus Alexandriam pervenerit, licet provinciam ingressus est l. un. h. t.* — *Præfectus Augustalis.*

AD THES. XVI.

PRÆFECTUS AUGUSTALIS] Frantzk. & Struv. *ad tit. de off. præfecti Augustalis.*

XVII. Præses, *cujus nomen generale est, l. 1. h. t. hic autem specialiter* accipitur pro legato seu vicario Imperatoris in provinciam misso, *l. pen.* qui majus imperium habet omnibus in ea provincia *post Principem, l. 4. & de omnibus caussis, quæ Romæ varios judices habent, in provincia sua cognoscit, l. ex omnibus. 10. & l. seq. Habet jus gladii, l. 6. §. qui universas. Sed ita ut gladio animadverti oporteat, non securi, non telo, fuste, laqueo, l. 8. §. 1. de pœn. Potest in metallum damnare, d. l. 6. §. qui universas. Quinque tantum habet fasces l. 14. de off. Proconf. Et insignia non sumit, nisi provinciam ingressus & decedens statim deponit, l. 3. de off. Proconf. Nec in abitu, vel reditu, vel in provincia quoque, ex quo cognovit successorem venisse, voluntariam jurisdictionem exercet, l. 17.* — *Præses est vicarius Imperatoris in provinciam missus.*

 de

Præses jus deportandi non habuit & cur?

de off. Præf. Solo adsessore contentus, pedaneis judicibus caussas delegabat, l. 4. §. 6. h. t. §. 1. Inst. de susp. tut. l. 4. de off. Ass. Jus vero deportandi non habebat, l. 6. §. 1. de interd. & rel. l. 1. §. 3. de leg. 3. Quia deportationis pœna plane specialis fuit, sub Augusto in locum veteris aquæ & ignis interdictionis subrogata. Atque adeo ut hæc in libera Rep. nulli concessa; sed ab ipso populo decreta est: Ita nec postea deportatio sub generali concessione meri imperii transiit; Quare ut possit deportare Præfectus urbi, constitutione Principis effectum est. l. 6. §. 1. de interd. & rel. l. 1. §. 4. de leg. 3. In provincia autem sua post administrationem finitam, usque ad successoris sui adventum manere cogitur, l. 10. de off. Proconf. l. 1. §. administrationem. C. ut omnes jud. Nec ante Romam ei venire permissum, quam si ab Imperatore vocaretur, l. 9. C. de off. Rect. provin. Quod ante 50. dies factum non fuit, l. 1. C. ut omnes jud.

AD THES. XVII.

PRÆSES] Frank. & Struv. *ad tit. de offic. Præsidis.*

QVI MAJUS IMPERIUM HABET OMNIBUS] Ne tamen eo abuteretur, variæ cautelæ fuerunt adhibitæ, inter quas non est ultima prohibitio de non accipiendis xeniis, de non emendo, mutuum dando, uxorem provincialem ducendo &c. (quamvis hæc prohibitio etiam spectaverit ad alios magistratus) quas materias erudite & practice exponit Dn. Schilt. ex. 5. th. 15. - 18.

JUS VERO DEPORTANDI] Vide notata *ad th. 8. hic.*

QUOD ANTE L. DIES] Nimirum post administrationem depositam, ne scil. provincialibus officii male administrati accusatio subtraheretur. Frank. *hic n. ult.*

Procurator Cæsaris. Differt a præfecto ærarii.

XVIII. Procurator Cæsaris est, qui caussis fiscalibus in provinciis, *nam qui in urbe, Præfectus ærario dicebatur. l. cum bii. 8. §. transact. l. 13. pr. de jur. Fisc.* Præcll. *l. 1. b. l. 30. de J. Fisc. dicebatur & procurator Principis, l. nequaquam 9. de off. Proconf. a fisco diversa erat divina domus, quæ ratio Cæsaris dicitur l. 6. §. ult. de Jur. Fisc. Et caussa divinæ Domus sunt prædia Tamiaca, quæ erant in Cappadocia, sub dispositione Præpositi sacri cubiculi & Comitis domorum. Vid. Lib. XI. de præd. tamia. & tit. de præpos. sacr. cubic. Dicebatur Procurator, etiam Rationalis, ut in hi. rub. & C. si adv. fisc. l. 3. Non habebat jus deportandi, nec restituebat damnatos, l. 3. Sed adversus fiscum una cum Præside restituere potest.*

L. 2.

l. 2. [illegible] si adv. fisc. Jurisdictionem sub Claudio inter fiscum & privatos in causis fiscalib. pecuniariis habebat, Suet. in Claud. c. 12. l. 2. C. si advers. fisc. l. 3. C. de transact. In quibus ne a Præsidibus quidem interpellari potuit, l. 2. C. de off. Com. sac. pal. Neque a Proconsulibus, l. 9. de off. Proconf. In qua vox MELIUS non comparative, sed positive ponitur, arg. l. 1. de inoff. test. In criminalibus cognitionem nullam habuit. l. 3. h. t. nisi cum Præsidum vice fungeretur, l. 2. C. de pæn. l. 3. C. ubi caus. fisc. l. 4. C. ad L. Fal. Cuj. in parat. Cod. Ubi caus. fisc. & lib. 19. obs. 13. Quod factum fuit, quoties in minores provincias, quæ nullum Præsidem haberent, missi sunt, qualis fuit Pontius Pilatus in Judæa. Vid. Merill. not. philolog. in pass. Christ. p. 26. n. 16. Lips. ad Tac. lib. 12. annal. Fabrot. ad parat. Digesto. Cujac. de off. Procur. Cæs. Bach. ad h. tit. Officium ejus fuit in conquirendis & exigendis iis, quæ Cæsari ejusque fisco debentur, vectigalia, hereditates vetitæ, mulctæ, & confiscationes, l. 2. C. ubi caus. fisc. l. 32. C. de J. fisc. l. 35. §. 1. ex qu. caus. Ut delatas Cæsari hereditates adirent, l. 1. h. t. Et quia a Cæsare mandatum generale habet, ea omnia, quæ ex officio egit, perinde valere, atque si a Cæsare gesta essent, d. l. 1. h.

Pontius Pil. fuit Procurator Cæsaris.

Officium procuratoris Cæsaris quodnam?

AD THES. XIIX.

PROCURATOR CÆSARUM] Franck. & Strauv. ad tit. ff. de offic. Procur. Cæs.

QUALIS FUIT PONTIUS PILATUS IN JUDÆA] De officio Pontii Pilati præcipue duæ sunt opiniones, una, quod fuerit LEGATUS, Lactantii *lib. 4. divinarum instit. c. 18. Judæi, inquit, comprehensum ac Pontio Pilato, qui tum LEGATUS Syriam regebat, oblatum cruci affigi postulaverunt.* Sed hæc Lactantii sententia assensum eruditorum non fuit nacta, eique ex iis, quæ ante septennium anno videl. 1675. *in dissert. de injusto Pontii Pilati judicio* §. 2. dixi, facile satisfieri potest, & locum Lactantii corruptum esse suspicatur Barthius *l. 7. Advers. cap. 2.* Alii igitur putarunt Pilatum fuisse PROCURATOREM Judææ, alii, eundem PRÆSIDIS officio in Judæa esse functum. Pro Procuratore pugnavi *in d. dissert.* §. 1. 2. 3. 4. 5. & jam gaudeo sententiæ huic meæ non solum favere cum Frankio *ad h. tit. n. 11.* Auctorem *h. l.* sed & Bachovium *in not. ad tit. de offic. Procurat. p. m. 371.* Neque hæc assertio ratione caret. Testem ante omnia producimus Tacitum, qui *Annal. l. 15. c. 44. §. 4. Auctor* inquit *nominis ejus* [christiani] *Christus, qui Tiberio imperitante per PROCURATOREM, Pontium Pilatum, supplicio affectus erat.* Ad similem Philonis locum provocavi in *d. diss.* §. 3. Conjecturæ pro-

 babi-

babiles pro hac opinione sunt sequentes: Judæa ab Augusto, teste Josepho *Antiquitat. Judaic. l. 17. c. 15.* [*adde d. disput. §. 2.*] provinciæ Syriæ attributa [cui non puto obstare illum Taciti locum *Ann. 12. 23. 1.* memorantis, quod sub Claudio Imperatore *Ituræi & Judæi, defunctis regibus Sohemo & Agrippa, provinciæ Syriæ additi fuerint.* Etsi enim jam Josephus non sit ad manus, video tamen Lipsium *ad d. Taciti locum p. m. 304.* ad ejus declarationem, de Agrippa & mutatione post ejus mortem secuta, diffuse tractantem Josephum *lib. 20. Antiquit.* allegare, qui adeo sibi ipsi non erit contrarius] eique postea regendæ certi quidam Administratores ab Augusto ejusque successore Tiberio præpositi *Joseph. l. 18. c. 3. & 5.* Scilicet hunc in modum, ut in Syriam mitterent Præses, in Judæam Procurator Præsidi Syriæ obnoxius. Exemplum de Quadrato Syriæ Præside & Cumano ac Felice Judææ procuratoribus recenset Tacitus *Ann. XII. 54.* Conf. Joseph. *l. 20. c. 5.* De Gallo, Syriæ Legato, & Gessio Floro, Procuratore Judææ, idem Tacitus *Hist. V. 10. 1.* Ratio hujus rei in eo sita, quod minores provinciæ, qui Præsidem non haberent, procuratoribus saltem regi solitæ fuerint: *Duæ Mauritaniæ*, inquit idem Tacitus *Hist. l. 11. 3. Rhætia, Noricum, Thracia & quæ aliæ procuratoribus cohibentur &c.* Conf. Bachov. *d. p. 351.* Similem igitur in modum Pontius Pilatus, Procurator Judææ, Vitellio tum temporis, Syriæ Præsidi, subjectus fuit, eique ut pareret necesse habuit vid. Joseph. *l. 18. c. 5. in fin.* Nec illud omittendum, quod Procuratores, vel Equites fuerint, vel Liberti, Præsides autem plerumque viri Consulares *Vid. omnino Lipsium in not. ad Tacit. p. m. 313. seqq.* Probabile autem est admodum, quod Pilatus fuerit Eques Romanus *vide Cujac. l. 19. obs. 13.* Quid iis respondendum sit, qui Pilatum Præsidem constituunt, ostendi *in d. disput. §. 4. & 5.* Novissime anno 16.0. *in disput. quæ inscribitur: Pontius Pilatus Præses* demonstrare conatus fuit, Vir quidam Clarissimus, & Procuratoris titulum minime competere Pilato & illorum sententiam, qui Præsidis officium Pilato tribuunt, omnino veritati subniti. De singulis seorsim. Quod nostram opinionem concernit, acceptamus initio, quod testimonium Taciti ipse dissertationi suæ præmittat, nec ullam conjecturam afferat, quæ nobis persuadeant Tacitum, virum Romanum & Juris publici Romani maxime peritum hac in parte errasse, aut ex rationibus quibusdam in eum errorem tractum fuisse. Deinde & illud acceptamus, quod assentiatur nobis quoad dignitatem Pilati, quod fuerit Eques Romanus *d. dissert. cap. 1. §. 2.* Ad tertiam rationem nostram, quod Pilatus coram Vitellio, Syriæ Præside, accusatus sit, respondet *cap. 2. §. 5. in fine*: *Quod autem accusatur a Judæis Pontius ad Silanum dicitur* (recensuerat enim in antecedentibus aliquos qui de Silano mentionem fecerant) *nisi L. Vitellius intelligatur cum exercitu præfectus orienti a Tiberio* (mallem hic appositus fuisset Historici cujusdam locus) *nullus cum mentor fidem* (imo

mo-

Digitized by Google

mereretur fidem, etiamsi non intelligamus Vitellium præfectum exercitui, modo intelligamus Vitellium Syriæ Præsidem, uti jam ipse subnectit) *Nec ideo censetur Judææ Præsidem non appellandum Pontium, quia apud exercitus Imperatorem propter facta aliqua tyrannica accusabatur.* [Dupliciter hic instare possumus: Primo considerandum esse maxime: an hoc analogiæ Juris publici Romani antiqui conveniat, quod Præsides apud Imperatores exercituum accusari potuerint. Deinde nec eo argumento impugnari Pilatum Præsidem, quod apud ducem exercitus fuerit accusatus, sed quod fuerit accusatus, coram Præside Syriæ. Atqui nullus Præses cognitionem habuit in alium Præsidem.] *Auctor horum* [quorum? quod Vitellius fuerit Imperator exercitus? uti præcessit. Sed hoc Josephus non dicit.] *est Josephus 18. Antiquit. 7. ubi pro Silano memorat Vitellium cepisse & hunc Syriæ Præsidem, non Judææ, vocat.* [Etsi Vitellius non fuerit Judææ Præses, sed Syriæ, tamen hæc non obstabunt sententiæ nostræ, cum supra monstraverimus Judæam Provinciæ Syriæ fuisse addictam.] Potissimum etiam ab aliis urgeri solet *l. 3. ff. de offic. Procurat. Cæs.* ubi dicitur, quod Procuratores de criminibus nullam cognitionem habuerint, cum tamen Pilatus exercuerit judicium criminale adversus Christum. Ad quam objectionem in *d. disput. §. 5.* distinxi inter Procuratorem simplicem & qui vice Præsidis fungitur, inque eum finem adduxi *l. 1. C. de pæn. l. 4. C. ad L. Fab. de plagiar.* [*adde Arg. hic*] Has leges ut tolleret vir Clarissimus addit *c. 2. §. 4. in fine: Quod ut non abnuerim de istius temporis Procuratoribus, quo lata illa leges* [*scil. d. l. 1. C. de pæn. d. l. 4. ad L. Fab. de plagiar.*] *sunt, si respectu primi e nato Servatore seculi dictabis locus quoque Xiphilini e Dione allegatus obstat.* Videamus an obstet. Ita vero ait *d. c. 2. §. 2. Refert igitur Xiphilinus ex Dione Cassio l. 57. Capitonem Procuratorem imperatorum in Asia detulit ad Senatum* [*Tiberius*] *eumque accusatum quod milites habuisset, jussitque multa, quasi præesset ei prohibitiva cum imperio, in exilium misit. Nam ILLIS TEMPORIBUS nihil amplius licebat iis, quibus pecunia Principis mandata erat, quam τὰς ἐπιτρόπους νομιζομένας προσόδους reditus legitimos colligere.* Locum hunc Dionis recensuit etiam Lipsius *ad Tacit. Ann. lib. 11. p. m. 384. seqq.* Rechen. *in not. p. 331.* Meminit etiam hujus rei Tacitus *lib. 4. Ann. c. 15. n. 4. & 5. Apud quos* [*patres*] *etiam tum cuncta tractabantur, adeo ut Procurator Asiæ Lucilius Capito accusante provincia causam dixerit, magna cum adseveratione principis; non se jus nisi in servitia & pecunias familiares dedisse: quod si vim Prætoris usurpasset manibusque militum usus foret, spreta in eo mandata sua; audirent socios. Ita reus cognito negotio damnatur.* Ad quæ verba Lipsius *p. m. 196. Eadem omnia e Tacito Dio lib. 57. in extremo.* Si Dio sua ex Tacito hausit, magis considerandus locus Taciti, quam Dionis. At vero Taciti verba innuunt, quod Procuratores quandoque, quamvis extra ordinem, etiam tunc temporis

poris potestatem gladii acceperint. Quid enim aliàs Tiberius odium populi a se in Capitonem transferre volens, opus habuisset, tanta asseveratione attestari, quod Capitoni tantam potestatem, quantam arrogaverat sibi, non dedisset, nisi quandoque, etsi extra ordinem ejusmodi potestas ab Imperatore procuratoribus data fuerit. Neque locus Dionis tam valde obstat. Nihil enim prohibet, quo minus eum explicemus de potestate Procuratorum ordinaria, quæ utique tum temporis nihil amplius concedebat procuratoribus, quam reditus legitimos colligere: ac respexit forte Dio in istis verbis ad tempora Claudii subsequentia, qui teste Tacito *lib. 12. Annal. cap. 60. n. 1.* parem vim rerum habendam a procuratoribus suis judicatarum esse voluit, ac si ipse statuisset (*conf. Sueton. in Vita Claudii cap. 12. & Lips. ad Tacit. lib. 12. p. 324.*) ubi adeo procuratores ordinarie ampliorem potestatem accipere, quam reditus legitimos colligendi, quamvis hæc potestas non videatur diu durasse. Cui hæc explicatio non placet, potest arripere Lipsii responsionem ad *lib. XII. Ann. Tacit. p. 323.* Procuratores in seculo primo post Christum natum, etsi nunquam a Principe expressam potestatem ulteriorem acceperint, quandoque tamen ex conniventia ejus, vel etiam Præsidum, jurisdictionem sibi sumsisse. Hæc de iis, quæ sententiæ nostræ opponuntur. Quod Pilatus fuerit Præses Judææ, ut probetur, adducitur a Viro Clarissimo *cap. 2. §. ult.* auctoritas Pauli Orosii & Pauli Diaconi: qui quidem an majorem in rebus ad antiquitates Romanas spectantibus fidem mereantur, quam Tacitus viderint alii, ego non arbitror. Summa rationum pro hac opinione includitur verbis sequentibus *d. c. 2. §. ult. Quid ergo causæ est, cur dubitemus rectissime vocari posse Præsidem Pilatum? cum non modo ἡγεμονίας nomen, sed ἀξιώματα & jura ei omnia tribuantur.* Sed ad priorem rationem, quod ἡγεμὼν vocetur Pilatus in scriptura sacra, satis puto respondi *in dissert. meo §. 4.* Alteram quod attinet, quod Pilatus habuerit ἀξιώματα Præsidis, ut taceam de factorum, quæ pro hujus rationis confirmatione ibidem afferuntur Judiciis, adhuc maxime disputari posse, hæc ratio certe dependet iterum ab ea quæstione, annon quandoque Procuratores in minoribus provinciis illo tempore potestatem Præsidum extra ordinem acceperint? de qua modo dixi.

Juridicus Alexandriæ.

XIX. Juridicus Alexandriæ, *quem Augustus constituit, Alexandriæ jus dixit, Cui & legis actionem & tutoris dationem, l. 1. & 2. h. t. item jus insinuandarum donationum permisit, l. 1. C. h. t. Tantum de præcipuis Magistratibus, de quibus agitur in Digestis.*

AD THES. XIX.

JURIDICUS ALEXANDRIÆ] Franck. & Stuv. *addit. de offic. Jurid. Alex.*

DIS-

Digitized by Google

DISSERTATIO XXI.

De

Judiciis & Foro competente.

RESPONDENTE

JOHANNE CASPARI, Nimicio-Silef.

APHORISMUS I.

JUdicium est legitima rei controversæ apud Judicem tractatio. Et dividitur *varie ab Interpretibus. A forma* in ordinarium, *quod ita dicebatur alio sensu olim, nimirum illud, in quo solennia, ut postulatio & impetratio actionis, ut denuntiationes & alia nonnulla, itemque formulæ observabantur. Extraordinarium, in quo formularum solenniumque subtilitas necessaria non est, l. 47. §. 1. de neg. gest. sed hodie sublatis veterum formulis, l. 1. C. de form. omnia judicia sunt extraordinaria, §. ult. Inst. de interd. Alio sensu ab Interpp. nempe* in quo solennis procedendi modus observatur. Et extraordinarium, *de quo infra, diss. penult.* Deinde *ratione objecti pariter & finis* in civile, in quo ad privatum commodum & interesse agitur: *sive pecuniarium, sive aliud quidvis sit,* actori applicandum. *Estque vel personale, vel reale, vel mixtum. Reale, hoc vel petitorium vel possessorium. Dividitur autem ita a potiore parte vel actu, nempe actione, quæ vel realis vel personalis. Illa nascitur ex jure in re, hæc ex jure ad rem.* Criminale, quod ad publicam vindictam tendit, *sive pœna corpori infligatur, sive pecuniaria fisco applicetur.* Mixtum, in quo privatum agentis commodum cum vindicta publica concurrit, *seu in quibus pœnæ communicatio fit inter fiscum & privatum. Sed pleraque harum divisionum perperam se habent: Primo enim criminale judicium in jure nostro non reperitur, ut nec civile: Sed hæc divisio est caussarum, quæ in judicio tra-*

Judicium quid?

Judicium ordinarium & extraordinarium quo sensu olim dicebatur:

Et Quo hodie?

Judicium etiam aliud est civile.

Aliud criminale.

Digitized by Google

ctantur, ut alia sint civiles, alia criminales, l. 1. ff. de furt. l. 2. ff. de appell. recip. §. in summa. Inst. de injur. Deinde nec divisio judiciorum in rem, personam, & mixta est judicii, sed actionum divisio. Quemadmodum & divisio in petitorium & possessorium, actionum divisio est. Non obstat, l. 36. ff. de R. V. quia petitorium judicium ibi pro actione petitoria accipitur, ut judicium alias sæpius pro actione. Vide Gilphan. de ord. judic. c. 2.

Explic. l. 36. ff. de R. V.

AD DISSERTAT. XXI.

AD THES. I.

JUDICIUM EST] Distinctius Dn. Schilt. exc. 13. th. 2. secundum Jurisprudentiam hodiernam: Judicium est actus complexus forensis, quo judex actionem litis, seu caussæ controversæ persecutionem, seu actoris petitionem & Rei ad eam responsionem, contradictionem, exceptionem recipit, cognoscit & decidit, & summa actori ut tribuatur [aut ut actor ex lite reum dimittat,] facit.

SIVE ALIUD QUIDVIS] Quamvis & hoc certo sensu sit pecuniarium, sive pecunia æstimabile, v. g. si res alia petantur quam pecunia, modo & hæ sint in commercio.

VEL POSSESSORIUM] Possessorium pro specie judicii realis non agnoscimus. Reale enim judicium derivat hic Auctor ab actione reali, actionem realem a jure in re. Atqui supra diximus possessionem non esse jus in re. Ergo ita procedo: Judicium civile est vel petitorium, vel possessorium. Petitorium vel reale, vel personale, vel mixtum. Possessorium vel ordinarium, vel summarium. *Dn. Schilter. ex. 13. th. 10.*

VEL REALIS, VEL PERSONALIS] Vel mixte, unde[illegible]vandum judicium mixtum. Ita secundum mentem autoris supplend[illegible]misse; sed vide, quæ notavi infra *ad. dissert. 22. th. 11.*

CRIMINALE] Hoc iterum vel ordinarium, seu accusatorium, vel extraordinarium, summarium, seu inquisitorium. Inquisitorium vel generale, vel speciale. Carpzov. *in process. crim. qu. 104. & 107.* Brunnem. *de process. inquisit. cap. 1. & seqq.* Dn. Schilt. *ex. 13. th. 12.*

SIVE POENA CORPORI] Sive etiam infamiam infligat, sive relegationem, aut civitatis amissionem.

PER.

Digitized by Google

PERPERAM SE HABENT] In verbis sumus faciles. Esto recensitas judiciorum divisiones in Jure Romano non occurrere κατὰ τὸ ῥητὸν, non erit tamen contra rationem, desumsisse divisionis Judiciorum fundamentum ab eorum objecto reali.

II. In judicio quovis sunt *consideranda* personæ ibi versantes, *itemque actiones & exceptiones in judicium deductæ. Personæ sunt* vel principales, *vel accessoriæ. Illæ, actor, reus,* Judex *circa quam notionem tria distinguenda sunt tempora. Antiquissimo enim tempore summus Romæ Magistratus, judex dicebatur & Prætor. Liv. lib. 3. & Cic. de LL. lib. 3. Sed postea Judicis vocabulum iis tantum attributum, qui causas in Judicio tractabant, quique plerumque erant privati. Et ita magistratus a judicibus distinguuntor. l. 2. π. de R. J. l. 7. §. fi. depoui. §. de admin. tut. Tandem sub Imperatoribus judicis vocabulum tam magistratum quam Judices signare cæpit. est,* qui rem controversiam cognoscit, & sua sententia dirimit. *l. 13. §. 2. ff. de recept. arb.* Isque vel magistratus, *qui hodie solus judex est. Olim autem magistratus etsi poterat (contra Duarenum) tamen non nisi extra ordinem judicare solebat, si id favor causæ, aut necessitas, æquitasve exposceret, ut in præjudiciis, jussu de cavendo prætoria stipulatione, interdictis, & cognitionibus prætoriis aliis.* Qui aut jure magistratus, vel speciali lege jurisdictionem habet. Vel est Judex datus, qui notionem duntaxat, *cognoscendi de re controversa judicandique potestatem. l. 47. de Judic. l. 5. pr. de re jud.* habet *l. 3. de Jurisd. l. 12. l. 46. l. pen. de Jud. l. 1. C. qui pro sua jurisd. Qui & delegati. l. 1. C. Qui pro sua jurisd. l. 5. C. de judic. Judices speciales l. ult. π. de off. Præs. l. cum specialis. ult. C. de judic. Pedanei. l. 3. Ne quis eum, qui in jus. l. 4. de tut. dub. l. 78. §. Judices π. de pæn. Judices seu cognitores dati. l. placet. C. de pedan. judic. l. 1. C. Qui pro sua jurisd. Et ante quidem Augustum tres erant decuriæ equitum, ex quibus Judices sumebantur: Tribuni ærariorum una, altera selectorum, tertia Nongentorum. Quartam addit Augustus eorum, qui ducena in professionem censualem deferebant sestertia, non ut Equites, quadringenta. Alii sunt ducenarii, in Constantini Imperatoris rescripto, qui centesimam hereditatem exigebant. Turneb.*

Judicis vox antiquissimo tempore quid significabat? Quid postea.

Et quid tempore Impp. significare cœpit.

Hodie is solus, qui est magistratus, judex esse potest.

AD THES. II.

VEL ACCESSORIÆ] De his separatim agitur ab Auctore *dissert. 13. 14. 15.*

ACTOR REUS] De his vide *th. 11. & 13. hic.*

QUI ET DELEGATI] Vide notata supra *ad diss. praeced. th. 3.*

III. Dare itaque judicem possunt ii, qui, vel propriam jurisdictionem, *l. 3. de jurisd.* * *Non ii demum, quibus id specialiter lege concessum est, ut vult. Hotom. 2. amic. 1. & 3. Fachin. 1. contr. 45.* vel mandatam habent, (*l. 12. §. 1. de judic. ubi legati mentio fit non exclusive ad alios mandatarios jurisd. sed exempli gratia, l. 1. C. de pedan. jud.*) *Non obstante l. 13. de jurisd. l. 1. C. de pedan. judic.* * *Non itaque privatus aut judex datus dare potest, l. 3. C. de jurisd. l. a judice 5. C. de judic.* (* *Ne quidem si lis coram ipso contestata*) *nisi sit datus a principe, d. l. a judice. C. de judic. Quia ei demum mandata jurisdictio.*

Privatus judicem dare nequit.

AD THES. III.

NON OBSTANTE L. XIII. DE JURISD. L. I. C. DE PEDAN. JUD.] Illa non obstat, quia etiam qui jurisdictionem mandatam habent, magistratus sunt. Conf. Bachov. *in vol. p. 393.* vel quia magistratus in *d. l. 13.* non opponitur ei, qui mandatam jurisdictionem habet, sed magistratibus municipalibus. Haec ideo non obstat, quia nec ipse Procurator jurisdictionem habebat, & igitur nec judicem dare poterat.

IV. Dari possunt, qui non prohibentur. *Probibentur* aut natura, surdus, mutus, furiosus, *l. 12. §. 2. h. t. perpetuo, non item si intervalla habeat. l. 39. h. t.* Impubes, morbo sontico laborans. * *Etiam caecus, l. 6. h. t. l. 1. §. 5. vers. casum ff. de Postulan. Indistincte, etsi talis, cum datur, nec postea in calamitatem hanc inciderit. Aliud est in magistratu, de quo l. 1. §. caecum ff. de postul. Quia in magistratu splendor & major requiritur dignitas: In judice non item.* Aut lege, minor 18. annis. *Major enim 18. annis esse potest, sed non cogitur, si infra 20. annos. Major 20. annis etiam cogitur, l. 41. de*

Caecus judex recte datur.

qi. de rec. arb. arg. l. 1. §. 3. de postul. non obstat. l. 8. de Muner. vide Don. p. 218. Juris & rerum prorsus imperitus. *Nov. 82. in praef. Nisi habeat adsessores, per quos defectus scientiae suppleri possit, arg. l. 2. Quod quisque jur.* * *Non item infamis, nisi contra ipsum excipiatur. Qui tamen hoc nomine a judicando se excusare nequit, ne propriam turpitudinem aut alleget, aut ex ea commodum sentiat.* Jure Can. Excommunicatus, *c. ad probandum. 24. X. de re judic. Et bannitus, quia omnis juris communione privatur.* Senatu motus *l. 12. §. 2. de jud. l. 2. ff. de Senat. Nisi id citra ignominiam factum, aut restitutus sit, aut tempus condemnationis elapsum, l. 3. §. 1. de decur. Item Judaeus, haereticus, l. ult. in fin. pr. C. de Iuda. arg. l. pen. C. de haeret.* Moribus prohibentur Foeminae, *quamvis contrarium observetur nonnunquam, quod defendit Connan. lib. 1. Et olim coram Regina Berenice scribit Quintil. se causam egisse, c. dilecti. X. de arbitr. c. dilecta. 10. de major. & obed.* Et servi. *d. l. 12. §. 2. de judic.*

AD THES. IV.

DARI POSSUNT] Adde *Struv. ex. 9. th. 10.*

INDISTINCTE] Indistincte quidem quoad tempus caecitatis, sed an etiam indistincte ratione causarum? Limitare videtur Dn. Struv. *d. thi 10.* qui caecum dari posse judicem dicit in causis, quae non requirunt ocularem inspectionem. Sed vereor an hanc limitationem Jus civile admittat; cum judex ea, quae oculis expedienda sunt, per Assessores, vel delegatos expedire possit. Dn. Stryk. *Tr. de Jure sensuum dissert. 1. cap. 4. n. 8. p. m. 147.*

ETSI TALIS CUM DATUR] Vid. Dn. Stryk. *d. l. n. 6. sqq.* Struv. *d. l. & in refe'at. ibid.* ubi dissentienti Blasio Michalor respondet. Sed quid moribus nostris? An hi caecum admittunt esse judicem? Negare videtur Bachovius allegatus a Schilt. *in comp. jur. de Judic. p. 77.* & quidem propter *legem 3. C. de sentent. ex peric. recit.* ad quam quidem responderi posset; eam in plerisque judiciis non frequentari, aut ubi recitatio sententiarum in usu est, plerumque eam per actuarios fieri. *Conf. Brunnem. ad d. l. 3. C.* Interim tamen cum hodie Judicis officium plerunque cohaereat magistratibus, quae de caeco magistratu jam dicentur, videntur etiam ad caecum judicem accommodari posse *arg. l. 57. ff. de re judic.*

ALIUD EST IN MAGISTRATU] Distinguit *l. 2. §. 5. de postulando* inter magistratum aditum & adeundum. In eo tolerat caecum, ab hoc tamen excludit. Et hic tamen tota res ex moribus & rerum publicarum placitis dependet, bene id monente Do. Stryk. *d. l. cap. 2. n. 37. seqq.* ubi & varias variarum gentium observantias adducit. Illud certum, si princeps caeco magistratum deferat, omnia quae a caeco gesta sunt, juris efficaciam habere *arg. d. l. 57. ff. de re jud. verb. princeps enim.*

MAJOR ENIM XVIII. ANNIS] *d. l. 57. de re judic.* Hoc jure Canonico quodammodo esse mutatum dicit Schilt. *comp. Jur. de jud. p. 77. lit. E. per cap. 41. extr. de offic. jud. deleg.* Sed optime convenire *d. cap. 41.* cum *d. l. 57.* patebit inspicienti.

NON OBSTAT L. VIII. DE MUNERIBUS] Distingue inter administrationem reip. & munera, quae cum honore conjuncta sunt, & immediate utilitatem reip. spectant, & inter ea, quae non conjuncta sunt cum honore, & immediate spectant utilitatem privatorum, quale est officium judicis.

Recusari possunt, ut suspecti tam ordinarius, quam delegatus.

Causa recusationis scripto comprehendenda & probanda est.

V. Qui vero suspecti sunt, esse possunt judices, si non recusentur. Recusari potest * tam ordinarius, *qui est magistratus, c. 61. X. de app. Novell. 96. c. 2. Nov. 53. c. 3. l. 10. de Iurisd. quae non intelligenda, quasi ipso Iure prohibitus: sed adversario invito, l. 13. §. ult. ff. ad SCt. Treb. ut nimirum causam mandare cogatur, arg. l. Praetor de Iurisd. Aut recusationis causa exprimatur, aut etiam superior adeatur, ut ab eo alius Judex impetretur, sed eo nos Iure utimur in Germania, & magistratus ceu suspectus recusari non possit.* quam delegatus: *suspecti autem sunt, si de re Iudicis agatur, l. 1. §. 11. quand. l. 17. ff. h. t. l. un. C. ne quis in sua causa. Vel si Iudex inimicus, l. 9. de lib. caus. Si ab adversario pretius, l. 47. h. t.* * Pater in causa filii & vice versa, *l. 10. de Iurisd. Cui non obstat lex 77. de Iudic. quam in casu consentientis adversarii accipimus, etsi id aliis displiceat. Causa autem recusationis scripto comprehendi & probari debet, l. 16. C. h. t. c. 4. §. ult. c. 61. de app. c. suspicioni. 39. X. de off. del. Et opponi potest etiam post litem contestatam nata, l. 17. ff. h. t.*

AD

Digitized by Google

AD THES. V.

SED EO NOS JURE UTIMUR] Nescio quomodo haec Auctoris opinio defendi queat, dum putat hodie in Germania magistratum ceu suspectum recusari non posse. Ergone cum plerumque judices hodie sint magistratus, postulatio suspecti judicis plane in usu esse desiit? Sane Carpzovius in *process. tit. 3. art. 4. n. 85. f. m. 101.* attestatur contrarium, & quod hodie etiam in foro Caesareo judex ordinarius [quem Auctor per Magistratum exponit] & suspectus recusari possit. Nisi forte dicere velis, non licere hodie aliquod collegium propter suspicionem unius ex collegis tanquam suspectum recusare, quam sententiam admittit idem Carpzov. *d. l. n. 87.* Adde ea, quae collegit Mattini *ad process. Sax. tit. 11. §. 2. n. 119. seqq. p. m. 436.*

SUSPECTI AUTEM FIUNT] Causas suspecti judicis accurate, ut solet, examinat Magnificus Dn. Zieglerus *in dicastice conclus. 13.* adde Matt. *d. l. n. 123.*

QUAM IN CASU CONSENTIENTIS ADVERSARII] Acutissimus Bachovius quidem *ad Treutl. vol. 1. d. 3. th. 8. lit. a. l. 77. de jud.* cum *l. 10. de jurisdictione* ita conciliat, quod in *l. 10. de jurisdict.* prohibeatur pater jus dicere filio tanquam magistratus, in *l. 77.* autem permittatur judicare, quia Iure Romano veteri judex non ex propria, sed ex aliena auctoritate judicet, & formulam ipsi a magistratu praescriptam praecise observare debeat. Caeterum cum hodie officium jus dicentis & judicantis sint confusa, optime tolerari poterit auctoris responsio, & quotidiana docet experientia patres in causa filiorum & vice versa, cum sint simul magistratus & judices ipso jure non removeri a judicio, sed per exceptionem suspecti. Imo ne quidem contra Ius Romanum peccat Auctoris responsio, sed cum Bachovii responsione optime conciliari potest, si dicamus utrumque textum unam limitationem admittere, ita ut in *l. 10. de jurisdict.* prohibeatur pater magistratus jus dicere, nisi a partibus admittatur, & in *l. 77. de jud.* permittatur pater judicare, nisi a partibus suspectus postuletur. Objicitur equidem, quod sicut privatorum conventio non possit facere judicem *l. 3. C. de jurisd.* ita nec possit judicem contra legis dispositionem habilem reddere; sed respondemus, quod contraria legis dispositio non adsit. Quinimo cum in favorem partium inventum sit, ut judex in causa filii judicare, aut magistratus jus dicere nequeat, partes utique juri suo renunciare poterunt. Adeoque *d. l. 77.* uti poterimus in casu,

casu, si pater filium, vel filius patrem recusare velit, quod facere non potest, si pars adversa ipsum recusare nolit. Gottofred. ad *d. l.* 77. eandem limitat, quod saltem in actibus jurisdictionis voluntariæ procedat. Sed hæc responsio non quadrat, cum *l.* 77. loquatur de judice, actus autem voluntariæ jurisdictionis magis ad jus dicentem, quam ad judicem spectent.

VI. Causæ, *in quibus Judices dari possent*, sunt civiles, quæ ad jurisdictionem jus dicentis pertinent, *l. un. C. qui pro sua Iurisd.* *Et quæ mixti sunt imperii. Olim quidem regulariter, sed post latam, l. 2. C de ped. Iud. non aliter Præsides & prætores Iudices dant in causis, in quibus olim poterant, nisi occupationibus publicis, aut multitudine causarum, vel valetudine aut absentia (Item si humiliora negotia fuerint, l. ult. C. de ped. Iud.* *Quæ autem illa? Vulgo, quæ non 300. aureorum, per Nov. 82. c. 5. Donello, quæ ad duos aureos, arg. l. 9. & seqq. ff. de dol. Fortassis Iudex arbitrabitur rectius) impediantur, quo minus ipsi cognoscant. Ubi vero nec olim poterant, nè quidem nunc ob impedimenta causarum delegant, uti sunt criminales*

Quæ sunt notionis Prætoriæ?

causæ, l. 1. C. l. 6. de off. Proconf. Et quæ dicuntur notionis prætoriæ, l. 3. §. 2. de lib. exh. l. 1. §. 1. de R. V. ut puta de honorariis Professorum, Ludimagistrorum, Medicorum, Nutricum, Obstetricum, Advocatorum, l. 1. de ext. cog. * *Restitutio in integrum. Non omnis: sed minoris lubrico ætatis lapsi, l. 13. §. 1. l. 24. §. ult. ff. de minor. (Utut non negem & allionem hos aliquando impetrasse, l. 13. §. 1. de minorib.) si de potestate patris agatur contra filium. l. 3. §. 1. de lib. exh. l. 1. §. 1. de R. V. Fideicommissi persecutio, l. 178. §. 2. de V. S.* * *Causa status, l. 32. §. Iulianus. ff. de rec. arb. l. ult. C. ubi cau. sta. l. 2. C. de ped. jud.*

Officium aliud jus dicentis seu magistratus.

VII. Officium *aliud est Ius dicentis, seu magistratus, quod cum officio Iudicis confundentes Accursiani nobile appellant, eosque male defendunt Bacchov. & Wissenbach l. 1. §. 2. de R. V. l. quod si minor. 24. §. ult. de minor. tot. tit. de var. & extr. cog. l. 7. ff. & l. 1. C. mand. occupatum in petitione bon. possessionis, secundum & contra tabb.*

tabb. in petendo tutore, vindicando libero homine, impetranda restitutione in integrum ex causa aetatis, l. 1. ff. de Jurisd. l. 7. ff. de annuis leg. l. 1. §. 10. de var. & extr. cog. atque in universum in his, quae praetoriae cognitionis sunt. Aliud Judicis, ubi inservire actioni *in judicium deductae* judex debet, *ferre sententiam actioni seu rei controversae convenientem, §. 1. Inst. de off. Jud. idque * secundum acta & probata, non vero secundum conscientiam privatam.* Et judicare non aliter debet, quam legibus, constitutionibus aut moribus permissum, *pr. Instit. de off. Jud. Alias sententia erit ipso jure nulla, l. 1. §. 2. quae sent. sine app. l. 19. ff. de appell. l. 7. C. quando provoc. non est nec. In specie, in actione reali officium ejus est, ut diligenter videat, an reus rem possideat. l. 9. ff. de R. V. Et ut reum condemnatum jubeat rem restituere. l. 76. ff. de R. V. Restitutio enim fit officio judicis; sic usurae, fructus, id quod interest non nisi officio Judicis petuntur. l. quaero 54. ff. Locat. l. qui per collus. 49. §. 1. ff. de act. emt. l. fructus. 19. C. eod. l. 4. C. depos. Pertinent eo examen testium, cognitio, interlocutio, dilationis datio, sententia & alia. Sententiam autem suam Judex datus exsequi nequit, nisi sit delegatus Principis.*

Aliud judicis.

Quaenam officio judicis petuntur?

AD THES. VII.

CONFUNDENTES ACCURATIUS] Etsi haec distinctio inter officium Judicis nobile & mercenarium ab arte juris abhorrere videatur, uti cum Auctore hac in parte contra Bachovium *ad instit. de officio jud.* consentiunt Voet. *ad d. t. Inst. pr. n. 3. p. m. 548. Coras. lib. 7. miscell. c. 9.* merito tamen quoad praxin & receptos mores utilitate non destituitur *Voet. d. l.* cum, ut saepius dictum, hodie judex etiam jus dicere soleat. Nihil ergo obstat, quo minus officium judicis, qua talis, dicatur mercenarium, qua jus dicentis, nobile. Adde Mart. *ad process. Saxon. tit. 1. p. m. 27.*

SECUNDUM ACTA ET PROBATA] Pro hac Auctoris opinione confirmanda a nonnullis afferri solet: privatam conscientiam non opponendam esse conscientiae publicae, ac si in judice duplex sit conscientia; alia, quam habeat ut judex, alia, quam habeat ut homo; sed intelligendam esse nudam facti scientiam, secundum quam judex judicare non debeat, quo ipso tamen non judicet contra conscientiam, sed secundum leges, quae velint, ut convictus sit condemnandus. Et aliud esse: pronunciare innocentem

esse

esse delicti reum, aliud pronunciare innocentem esse sufficienter convictum eundemque condemnare; Illud clare mendacium fieri non posse, adeoque esse contra conscientiam; hoc fieri secundum judicis officium, adeoque salva conscientia conformari debere juxta id, quod in judicio legitime ostenditur. Sed harum rationum imbecillitatem, an absurditatem quis non videt? Contrarium & quod judex eum, de quo liquidissimam scientiam habet, quod sit innocens secundum acta & probata condemnare non debeat, solidissime probat, mio Magnif. Dn. Zieglerus in dicast. conclus. 35. Conf. Huber. ad tit. de offic. jud. th. 3.

Vox arbitri varie accipitur.

VIII. Judicibus similes sunt *l. 1. h. t.* arbitri, *imo interdum vere Judices, ita vocantur, ut quos Praetor dat in judiciis B. F. Maxime in arbitrariis & divisoriis, danturque ad causam integram; Alii ad actus singulares, l. 9. qui satisd. cog. l. 1. §. 6. Si cui plus quam per leg. Item Juris arbitri, electi ex dispositione Juris a litigatoribus, in locum judicum recusatorum, l. 16. & ult. C. de jud. Item qui cognoscunt, si quid in cursu litis aut praeparatoriis judicii expediendum, velut an fidejussores idonei, l. 9. & seq. qui satisd. cog. * Quo refero arbitros Austregarum. Hoc loco autem intelliguntur,*

Arbitri h. l. quinam intelliguntur?

qui, communi partium consensu, ad litem inter ipsas dirimendam, eliguntur. Suntque vel arbitri in specie dicti, vel arbitratores.

AD THES. IIX.

ARBITRI.] Arbitrorum homonymiam distincte exponit Struv. ex. 8. th. 35.

Sunt vel in specie ita dicti

IX. Ille, *qui & arbiter compromissarius*, est omnis, *qui judex esse potest. Non itaque in servum, lib. 7. §. ult. l. 9. h. t. foeminam, l. ult. C. h. pupillum &c. Non in minorem 20. annis, l. 3. h. t. l. 41. nec in eum, qui ejus rei Judex datus fuit, l. 9. §. 2. h. t. compromitti potest*, qui libero partium consensu, *vel pacto nudo, vel stipulatione declarato, l. 27. §. ult. h. t. l. 5. eod. eaque simplici vel cum adjecta poena, quae certa summa persolvenda promittitur, si arbitrio fuerit contraventum, d. l. 5. C. h. t. Nov. 82. c. 11. aut Jurejurando, l. 4. C. h. t.*

Digitized by Google

h. t. *Qui postremus modus metu perjurii abrogatus*, *Nov. 82. c. 2.* controversiæ terminandæ gratia de *causa civili*, *sive sit allodialis*, *sive feudalis*, *etiam non requisito domino*: *non de famoso delicto*, *vel publici Iudicii*, *causa status*, *l. 32. §. 6. & 7. h. Re Iudicata*, electus officium in se suscepit, *ita ut hoc suscepto*, *ad sententiam dicendam*, *multa indicta*, *cogi possit*, *l. 13. §. 2. h. t.* *Qua laudum a barbaris vocatur.* (Laudum quid. h. t.)

AD THES. IX.

Est Omnis] Adde Struv. ex. 5. th. 99.

Libero Partium Consensu] Struv. d. l. th. 100.

De Causa Civili] Struv. th. 102.

X. Arbitrator est nudus mediator, qui, citra juris solennia, controversiam ex æquo & bono dirimit, *cujus opinationes effectum sententiæ non habent*, *ideoque partes nulla necessitate*, *neque directo*, *neque oblique parere coguntur*. *Ut qui in transactionibus ineundis*, *aut contractibus celebrandis assumuntur*, *veluti cum societas coitur iis partibus*, *quas Titius arbitratus fuerit*, *d. l. 76. §. 1. pro socio*. *Aut quando in locationibus*, *aut emtionibus merces vel pretium in tertii alicujus arbitrium confertur*, *l. 25. pr. ff. loc. l. ult. C. de contr. emt.* (Vel arbitratores.) (Arbitratoris opinationibus partes parere non tenentur.)

AD THES. X.

Nulla Necessitate] At supra *dissert. 15. th. 5.* dixit Auctor definitioni arbitratoris standum esse, nisi evidenter sit iniqua, ubi ad arbitrium boni viri reduci debeat, quod est verius. Conf. Struv. *th. 98. in fin.* & quæ supra notavimus ad *d. dissert. 15. th. 5.*

XI. Actor est, qui alteri in judicio controversiam movet, *l. 1. ff. de edend. l. 19. de probat. l. 1. de except. seu qui prius ad judicium provocat.* *Unde in duplicibus Iudiciis is actoris partes sustinet*, *qui prior actionem instituit*, *l. 13. de judic. l. 2. §. 1. com. div.* *Quod si controversiam judicialiter decisam velint*, *& neuter alteris par-* (Actor quis?)

Digitized by Google

partes occupare, forte videtur actor esse eligendus, Don. 17. 12. lit. P. Quod possunt, qui non prohibentur. Prohibentur autem vel in totum, *alii natura* impuberes *ne quidem cum tutoribus*, furiosi, muti, surdi, *nisi per curatores*, vel lege, minores 20. annis *sine tutoris aut curatoris autoritate, l. 1. & 2. C. qui legit. pers. stan. Licet enim secundum eos judicari possit, tamen quia incertum, non cogitur adversarius anceps Judicium subire. Quod si non remoti in causa vincant, valet sententia. l. 14. C. de procur. l. 25. de LL. ut & in causa momentaneæ possessionis, l. ult. C. qui legit. pers. stan. id est, adipiscendæ, retinendæ, vel recuperandæ possessionis judicio, l. 18. C. unde vi. l. un. C. si de mom. poss. ag. sic dicta, quod possessio momento datur illi, qui abstulit. In interdicto de libero homine exhibendo, l. 3. §. 11. de lib. hom. exh. In actione populari, quoties res ad pupillum spectat, l. 6. de pop. act. Inque casu, l. 16. de J. Fis.* Prodigi, servi, *l. servus. 6. C. de judic. Qui pro liberis se gerentes obtinuere, Judicati actionem non habent, nisi in certis causis contra dominos, l. vix certis 53. l. 67. ff. h.* Banniti, excommunicati, *c. exceptionem. X. de except. c. decernimus. de sent. excom. in 6. c. intelleximus. 7. de Judic. Vant. de null. ex def. hab. n. 51.* Majores Magistratus, *l. 48. de Judic. Non soli Athenienses, solive provinciales: sed omnes temporales. Hodie quia sunt plerumque perpetui, & agere & conveniri queunt.* Illustris persona, *l. 25. cum auth. seq. C. de Procur.*

Quinam agere prohibentur?

Sed. minores inter alios & quare?

AD THES. XI.

Illustris Persona] Hæc non prohibetur agere simpliciter, sed jubetur saltem, ut non agat in persona, verum per procuratorem *d. l. 25.*

XII. Vel certo modo, Clericus. *Potest enim cum licentia Abbatis, si utilitas monasterii exposcat c. monachi. 35. c. 16. q. 2.* Deportatus, *l. 20. pr. de minor. l. 8. de capite min. Etsi enim ut plurimum deportationem secuta omnium bon. publicatio, potuit tamen quoque bonis omnibus relictis, l. 14. §. ult. de interd. & rel. vel parte bonor. adempta. l. 1. C. de fidej. Et publicatis bonis, quod postea acqui-*

Deportatus an rectè agit?

quirit, non sequitur fiscum, l. 22. §. 5. Mand. Ergo de illis habet actionem, saltem utilem, d. l. 22. §. 5. Filiusfam. *nempe non nisi in castrensibus, etiam contra patrem, l. lis nulla 4. C. de Iudic. per l. 2. ad SCt. Mac. Et quasi castr. arg. l. 1. §. 15. de coll. l. ult. C. de inoff. test. In adventitiis, in quibus ususfr. est penes patrem, solus pater agit * absque consensu filii. Filius absque patre non item, nisi absente aut furioso, arg. l. 22. §. 4. & 10. sol. matr. juncta l. 2. & 3. eod. Ubi vero plena proprietas est filiof. distinguo: Aut ususfructus acquiri potuit patri, ut si hereditas filio delata patre remediante adita, & eo consentiente agitur; imo consentire cogitur remediis prætoriis, aut contumacia non consentientis habetur pro consensu, l. ult. in fin. princ. C. de bon. quæ lib. Aut non potuit, * & tunc inconsulto patre agit. Quia invito patre alienare potest. d. l. ult. §. 5. vers. filius autem. Ergo si agendo obtinet, adquirit, quia nasa consensus non necessarius, pr. Inst. de auct. tut. Aut succumbit & alienasse videtur. In profectitiis ei non competit actio, nisi extraordinaria, l. 17. de reb. cred. l. 8. pr. de procur. l. 18. §. 1. de Iud. l. 9. de O. & A.* Infamis *qui liceт per se agere possit. * Immo etiam can. c. infames. vers. his personis c. 3. q. 7. accusare tamen ei non permittitur, l. 4. l. 8. l. 9. de accus.* Mulier, *nisi suam suorumve injuriam persequatur.* | Ut & filiusfam. & quorum?

AD THES. XII.

FILIUSFAMILIAS] Adde *Struv. exerc. 9. th. 6.*

SOLUS PATER AGIT ABSQUE CONSENSU FILII] De peculio profectitio quidem solus pater agit absque consensu filii *l. 9. ff. de O. & A.* filius vero non agit, nisi forte patre absente sit &c. *l. 18. §. 1. de judic. l. 9. l. 13. de O. & A.* At de adventitio regulari pater agit consentiente filio, nisi hic minor sit, qui longe absit *l. ult. §. 3. C. de bon. quæ lib.*

MULIER NISI SUAM SUORUMVE INJURIAM] Imo indistincte quoad Jus civile omnes actiones proprias in judicio foeminæ instituere poterant *arg. l. 4. C. de procurat.* Jure vero Saxonico foeminæ non nisi cum Curatore admittuntur, *Carpz. P. I. c. 1. d. 30.*

XIII. Reus est, qui in judicio convenitur, *l. 5. & 6. C. de eden.* | Reus.

den. l. 3. deprobat. l. 8. C. eod. cujus par fere cum actore conditio. Conveniri enim nequit servus. l. 6. & 7. C. de Iud. & paterf. qui nequit agere, l. 1. & 2. C. qui leg. pers. stan. l. 45. pr. de re iud. Magistratus majores, l. 48. de Iud. Nisi in offic. deliquerit, l. 4. C. ad. L. Iul. rep. aut periculum, ne dies actionis exeat, l. 16. de off. Præsid. Alias deposito magistratu conveniendus. l. un. C. ut omnes Iud. competenti foro, quod est locus exercendarum litium, necessario a litigantibus adeundus. Estque vel ordinarium, vel extraordinarium, illudque tum commune, tum singulare.

Competens forum quid?

XIV. Ordinarium *Iure communi (convalescente aph. 19.)* vel ex persona alterius, habet. I. Heres, qui in foro defuncti recte convenitur, *licet ratione sua persona illius Magistratus subjectus non sit. l. 19. de Iud. * sive præsens, sive absens, quia ex persona heredis obligatio defuncti non mutatur, nec creditorum conditio, qui defunctum utique ibi convenissent, deterior fieri debet, l. 2. §. 1. de V. O. Non obstat. d. l. 19.* II. Defensor, *sive voluntarius, sive necessarius, ut venditor in causa evictionis, l. 49. h. t. l. 1. 2. ult. C. ubi rem act. Per regulam. l. 35. §. 3. l. 51. §. 1. de procur.* III. Libertus ex persona Patroni, *l. 22. in pr. in. ad Munic. Servus ex domini, l. 1. C. ubi cau. stat. Mulier, ex persona mariti, cujus domicilium sequitur, l. 65. h. t. l. pen. de Iurisd. (Non item sponsa, l. 32. l. 37. §. 1. ad Munic. l. ult. §. 3. eod.) Quod & vidua retinet, l. 22. §. 1. ad Municip. Maritus vero uxoris forum nunquam sequitur, * etsi in domum ipsius transeat.*

Competens forum ordinarium quidam habent ex alterius, quidam ex sua persona.

Maritus uxoris forum nunquam sequitur.

AD THES. XIV.

HERES QUI IN FORO DEFUNCTI] per forum defuncti intelligit Auctor domicilii forum, uti facit Hahn *ad Wesenb. de judic. n. 16. f. m. 259.* ostendi *in dissert. de eo, qui est sui domicilii* §. 70. 71. 72. heredem in domicilio defuncti conveniri non posse, ubi etiam rationibus Autoris fuit responsum.

LIBERTUS] Liberti forum, ut & uxoris & viduæ forum non recte separari a foro domicilii dixi *ibidem* §. 75.

SERVUS] Etiam hujus contrarium defendi *ibidem* §. 76.

XV.

XV. Vel ex sua, *sive per se*; ratione vel domicilii alicubi constituti, *l. 19. §. 1. & ult. h. t. l. 2. C. de Iurisd.* tum communis, quæ Roma, *omnibus civibus Romanis, siquidem ibi erant. Nam ex sua civitate absentes evocari non poterant. l. 2. §. 4. & seq. de Iudiciis. l. 2. §. 4. & seq. l. 24. h. t. l. 33. ad Munic. Nisi Ius revocandi domum habeant, ut legati, aut necessaria de causa, testimonii reddendi, tutela, judicandi accersiti, vel qui provocationis ibi exercenda causa commorantur, d. l. 2. §. 3.* * *Quod hodie, cum imperii forma, exolevit, secundum Dan. 13. 17. Quamvis hodierna sedi Imperatoria idem Ius, tribuat M. Stepan. 1. de Iurisd. c. 28. n. 21.* Tum proprii, habitationis, in quo quis degit, *l. 17. §. 13. ad Munic. l. 4. C. de Ind.* animo ibi perpetuo consistendi; nisi quid avocet. *Non itaque sola habitatio; Sed potissimum animus sedem fixam habendi, l. 7. C. de incol. requiritur. Ergo possessio domus non facit civem, vel subditum, vel incolam, etsi ad onera ibi patrimonialia teneatur. Nec qui ad certum tempus, etiam per decennium, alicubi commoratur, domicilium ibi habet, l. 2. C. de incol. arg. l. 26. de capt. & postl. Nisi se gerat pro cive, vel incola, d. l. 2. C. de incol. Vide Dn. Carpz. 1. Resp. 21.* Vel originis, *quam nascendo adquirimus. l. 1. pr. & §. 2. ☞. ad Municip. Errant Interpp. hodie ridicule, dum domicilium dividunt in originis & habitationis. Quasi origo domicilium, quod sola habitatio inducit, conferre possit. Et opponuntur hæc duo perpetuo in Iure origo & domicilium, ut diversa species. l. 6. §. 1. l. 27. pr. ibi: non domicilium, sed patriam. l. 3. C. de Municip. l. ult. C. eod. Origo patriam, domicilium incolatum tribuit. l. 7. C. de incol. l. 4. C. eod. Nativitas ergo, seu nascendi conditio te facit municipem seu civem illius loci, ubi natus fueris, dummodo pater tuus ibi domicilium habeat. l. 1. §. 2. l. 6. §. 1. l. 27. ☞. ad Municip. Unde si transeundo forte per aliquem locum ibi quis natus sit, originarius ejus loci non est. l. 3. C. de Municip. Et non tantum quod ad munera & honores suscipienda originem inspici, & jurisdictioni subjici nos verum est: Sed & quantum ad iurisdictionem, dummodo alibi originarius domicilium non fixerit. Ita domicilium in loco originis habere quis potest, domicilium*

ex

Forum domicilii est vel communis.

Vel proprii, habitationis. Quidnam requiritur ad id, ut quis alicubi dicatur habere domicilium proprium habitationis.

Male vulgo dividitur domicilium in originis & habitationis.

ex origine constitui, een causa, ut quoddam sit originis, non habitationis, quoddam habitationis, non originis, perinde est, ac si dicam, quemdam nasci habitando, quemdam habitare nascendo. Ex origine ergo sine habitatione non datur domicilium: In loco originis ex habitatione dari domicilium potest.

AD THES. XV.

TAM COMMUNIS] Romam non recte dici domicilium commune asseri *ibid.* §. 42.

NISI JUS REVOCANDI DOMUM] Jus revocandi domum quomodo a Dd. ad deputatos statuum patriæ ad Curiam principis vocatos applicetur vid. ap. Struv. ex. 9. th. 15.

QUOD HODIE] Pontifex tamen etiamnum hodie sedem Apostolicam commune Clericorum forum constituit, quamvis id non agnoscant Protestantes. Struv. *d. l. th. 16.*

HODIERNÆ SEDI IMPERATORIÆ] Quam opinionem refutat Struv. *d. th. 15.* Conf. Gudelin. *de jure noviss. Lib. 4. c. 2. p. 156.*

HABITATIONIS] Domicilii habitationis definitionem & divisiones exposui *in d. dissert. de eo, qui est sine domicilio §. 15. seqq. item §. 29. seqq.*

NON ITAQUE SOLA HABITATIO] Quænam ad domicilii constitutionem requirantur, eleganter tractavit Struv. *ex. 9 th. 11. seqq.*

ERRANT INTERPRETES HODIE] Hanc Auctoris opinionem explicui latius, & ad dissentientium objectiones respondi in *d. diss. §. 19. seq. it. §. 43. & §. 44.* Et frustra pro domicilio originis insuper afferuntur *l. 2. C. de Jurisd. l. 11. C. de præscript. long. temp. l. 1. pr. ad municip.* Illud non omittendum, Auctorem in priori harum dissertationum editione, quæ prodiit Jenæ 1659. errorem hunc interpretum adhuc fuisse secutum, & domicilium ibi in originis & habitationis divisisse.

ET NON TANTUM QUOD AD MUNERA ET HONORES] In priori modo citata editione harum dissertationum de hac quæstione Auctor ita disserit: *Et hoc* (domicilium originis) *nonnisi quoad munera & honores suscipienda aliquem sortiri vulgo statuunt per l. 1. C. de municip. l. 6. C. de incol. Non vero quoad jurisdictionem. Quibus opponimus l. 29. ad municip. Hæc tamen omnia generali consuetudine Germaniæ mutata esse, ut nec originarius in loco originis præsens conveniri possit docent Gail. 2. obs. 36. n. 7. Vult. ad l. 2. C. de jurisd. n. 18. Zang. 1. de except. c. n. 75.* Cæterum quid de hac quæstione sentiendum sit, tractavi in *d. dissert. §. 20. Conf. §. 43. seqq.*

XVI.

Digitized by Google

XVI. *Sive per accidens*, ratione contractus, *l. 19. pr. & §. 1. l. 2. §. 4. l. 45. h. t.* tam *veri, quam quasi, d. l. 19. §. 1. l. 20. h. t. Unde tutor vel curator ibi, ubi administravit tutelam conveniri potest, l. 54. in fin. de procur. Heres ubi hereditatem adivit, l. 51. §. 5. de Judic. Sive agatur ad contractus implementum, sive rescissionem. Caeterum circa actionem tutelae & rationes reddendas dissident Assessores supremae curiae Lipsiensis & Senatus Appellationum Electoralis, quem sequitur Dn. Carpz. 2. Resp. 33.* Forum ibi, quo solutio destinata, *l. 3. de reb. auct jud. poss. de O. & A. Non ubi res primum gesta, l. si voluntate. 3. C. de rescind. vend. Nisi solutioni locus nullus alius dictus, l. 9. §. 2. l. 45. de iudic. Non ubi instrumentum confectum l. 7. l. 39. de O. & A. Vel contractus confirmatus. In quo reus necessario comparere tenetur, sive praesens, sive absens, nisi pati velit, sic actorem in bona sua mitti, l. 19. §. 1. h. t. Contrarium tamen servat praxis, ut nisi praesens in loco contractus nequeat conveniri. Gail. 2. O. 36. n. 14. Dn. Carpz. 2. Resp. 30. (excepto tempore nundinarum, quibus hoc datum, ut ad eas veniens, de debito alio tempore contracto non possit conveniri, l. 1. C. de nund.) Sed qui neque bona ibi habet, neque stationem aut pergulam, sed confestim sit discessurus, non potest conveniri in loco contractus: sed domicilii, d. l. 19. §. 2. h. tit. Excipitur constitutum, cuius forum est locus contractus principalis l. 3. de iudic. l. 33. de donat. Cuiac. 13. O. 17.* Sec. praxin reus in loco contractus conveniri nequit: nisi praesens.

AD THES. XVI.

SIVE RESCISSIONEM] Contrarium defendit Bachov. *in expl. p. 963.* cum Baldo & Castrens. per *l. 2. C. ubi & apud quem cognit.* & alias rationes Quibus respondet Thomas Carlevalius, JCtus Hispanus *in tract. de Judiciis tit. 1. disp. 2. n. 159. seq.* late hanc quaest. tractans *ibid. n. 184. – n. 192.*

CIRCA ACTIONEM TUTELAE ET RATIONES] Hanc quaestionem jam praeoccupavimus supra ad *differt. 9. th. 31.* ubi adduximus Decis. Elect. 96.

QUO SOLUTIO DESTINATA] Adde omnino Carleval. *d. l. n. 195.* usque ad n. 211.

SIVE PRAESENS, SIVE ABSENS] Ad leges obstantes resp. Struv. *in resolut. ad ex. 9. th. 42.* Et vide quoad hanc quaestionem iterum Carlevalium *d. l. n. 218. – 235.*

CONTRARIUM TAMEN SERVAT] Sed mallem, ut ratio contrarietatis distinctius fuisset proposita. Si enim ut Auctor *lit. praeced.* dixit, is saltem effectus est fori contractus in absentem, ut si absens citationi non pareat, actor in bona ejus debeat mitti; hic effectus etiam observatur quoad praxin hodiernam, secundum quam licet arresto uti adversus bona absen-

tis a foro contractus, si ibidem bona ejus reperiantur, ut aut respondeat, aut ob contumaciam missionem in possessionem bonorum patiatur, teste Obrechto, Mario, Carpzovio a Struvio *Ex. 5. th. 42.* & Schützio *in comp. jur. de judic. p. m. 50. in init.* citatis. Ergo aut falsum erit, quod ratione fori contractus inter jus civile & mores sit differentia, aut falsum erit, quod de jure civili absens ad nihil amplius obligetur, quam ut patiatur actorem in bona sua mitti, quae tamen posterior sententia nititur *arg. d. L. 19. §. 1. verbis: non possideri patitur.* Et pro ea vide Carleval. *d. n. 218. seq.*

QUI NEQUE BONA IBI HABET] Imo etsi bona ibi habeat, modo sit confestim discessurus nec habeat ibi stationem, aut pergulam *arg. d. L. 19. verbis: non oportet ibi bona possideri,* quae praesupponunt, quod bona ibi habeat, alias quaestio foret Domitiana. De contractu cum advena aut viatore vide distincte Carleval. *d. l. n. 237. 245.*

EXCIPITUR CONSTITUTUM] Nisi in loco constituti solutio sit destinata. *l. 5. §. 1. de constit. pecun.*

XVII. Aut delicti *convenitur enim delinquens ibi, ubi admisit, ultra locum domicilii, l. 1. & auth. qua in provincia. C. ubi de crim. ag. l. 11. C. de cust. reor. l. 7. §. fin. l. ult. de accus. l. 3. de offic. Praes. Etsi sit absens. l. 3. de re milit. l. 28. §. 15. de poen. Vel miles vel persona illustris, vel alias peculiarem judicem habens, l. 2. C. ubi de crimin. ag. l. 3. de re mil. l. 1. C. ubi Sen. vel Clar. Novell. 69. c. 1. Quid vero in delictis privatis? Dn. Carpz. statuit delinquentem in loco delicti, nisi ibi deprehendatur, conveniri non posse. 2. Resp. 26. quod confirmat Dn. Elect. Sax. Decis. 89. Et in specie in actione injuriarum ita respondere Collegium Scabinale, supremumque Appellationum judicium; JCti autem Academiae Lips. contra Dn. Carpz. ibid. n. 15. & Berlich. d. 2. decis. 181. Quorum sententia de Jure verior est. In publico autem crimine sufficit ad competentiam fori, saltem inchoatum esse crimen l. 1. ibi: inchoata. C. ubi de Crimin. Nempe si vel de jure pro impleto habeatur, ut si cum telo ambulans L. Corn. de Sicar. teneatur, l. 1. ad L. Cornel. l. 7. eod. Vel si in uno territorio inchoatum, in altero perfectum. Utrobique enim forum habebit reus: Sed & damnari potest reus, ubicunque reperitur, etsi nec deliquerit ibi, nec domicilium habeat, d. l. 1. l. 2. C. ubi de crimin. ag. Nisi Magistratus loci delicti admissi, remittatur a Magistratu loci ubi degit, l. 9. §. ult. de accus. l. 7. de cust. reor. Novell. 143. c. 5. Quae remissio jure civili necessitatis, d. Novell. 134. c. 5. * adeo ut desideranti cum magistratu item praeventio opponi possit. Confer. Ilum. 4. 2. 12. Hodie remis-*

An in delictis privatis delinquens in loco delicti conveniri possit?

Remissio reorum jure civil. est necessitatis. Hodie favoris est.

missiones videntur urbanicatis esse, nisi ubi diversi Magistratus uni communi territorio subsint. Vide Cov. pra. qq. 11. n. 10. Vult. ad l. 1. C. ubi de crim. ag. op. Rauchb. p. 1. q. ult. de remissione ex civitatibus Electoratus Saxoniæ ad præfecturas facienda exstat Ordinatio Provincialis de anno 1555. Vide Rauchb. 1. q. ult. Berlich. 2. Decis. 163. H. Pist. obs. 42. Thoming. 8. Quæst. 5. In confinio autem duorum territoriorum commissi delicti, forum competens est utriusque territorii, Dn. Carpz. q. 3. pr. crim. q. 110. n. 45. In via autem publica, ad territorialem Dominium spectat. Coler. decis. 237. n. 5. Dn. Carpzov. d. 10. n. 35.

AD THES. XVII.

VLTRA LOCVM DOMICILII] Struv. ex. 9. th. 47. in foro domicilii ob delictum alibi commissum an saltem per viam accusationis an etiam per modum inquisitionis procedi possit late tractat Carleval. *d. l. n. 731. seqq.*

ETIAMSI SIT ABSENS] Struv. *d. l. th. 45.* Carleval. *d. l. n. 747. seqq.*

VEL PERSONA ILLVSTRIS] Imo non per *d. l. 1. C. ubi Senatores & clarissimi l. 3. C. eod.* vide *thes. ult. hic.* Dicere voluit Auctor: persona *clarissima.*

QVOD CONFIRMAT DN. ELECTOR] Loquitur quidem *d. decisio* in specie de actione injuriarũ & definit, quod injurians non possit conveniri in loco injuriæ illatæ, nisi ibidem reperiatur, cum hac tamen limitatione nisi quem ratione officii injuriaverit. Poterit tamen d. decisio commode extendi ad alia delicta privata, scil. ad actionem legis Aquiliæ. Nam quod furtum & rapinam concernit, ad hæc delicta non videtur *decisio 89.* extendi debere, cum ea hodie amplius non sint privata, sed publica, nisi dicere velis adhuc hodie actionem furti civilem locum habere, de quo vide *dicta ad exerc. 19. th. 8.*

DE JVRE VERIOR EST] In eo cardo controversiæ versatur: an *tit. Cod. ubi de crimine agatur,* & reliqui textus Juris Civilis, qui de foro delicti commissi loquuntur, CRIMINIS tamen mentionem faciunt, ad delicta privata extendi debeant, nec ne? Nihil definio, cum jam de observantia fori nostri ex præcedentibus constet. Vide tamen contra Auctorem, qui differit B. Philipp. *obsert. 1. ad d. decis. 89. n. 17. seqq.* Conf. Carleval. *d. l. n. 716. 726.*

VEL SI IN VNO TERRITORIO INCHOATVM] Communiter datur illud exemplum; si Titius stans in territorio Caji. Sejum stantem in territorio Mevii globulo interficiat, & Cajum, in cujus territorio delictum inchoatum, & Mevium in cujus territorio perfectum fuerit, esse judices competentes. Sed hoc casu verior mihi videtur sententia Carpzovii *Prax. Crim. qu. 110. n. 16. seqq.* solum Mevium delicti commissi judicem competentem esse, quia delictum in loco, in quo perficitur, suam formam accipit, per quam dicitur esse delictum, frustra dissentiente Dn. Struv. *Ex. 9. th. 45.* Nonobst. *l. 1. C. ubi de crim.* quæ vel intelligenda de eo casu, si

 deli-

delictum plane non fuerit consummatum, ut si quis cum telo ambulaverit, de quo vide Auct. *sen. praced.* vel de casu jam subsequente. Quid si enim Titius Sejum in territorio Caji vulneraverit, in territorio Mevii vero interfecerit, vel si quis virginem rapuerit in provincia Caji, & ei vim intulerit in provincia Mevii, aut falsum instrumentum fecerit in territorio Caji & eo usus sit in territorio Mevii? In his & similibus casibus, ubi delictum *ratione tam agentis, quam patientis* in uno territorio est inchoatum, in altero vero consummatum recte videtur respondere B. Brunnem. *cap. 3. de process. inquis. n. 17. p. 14.* utrumque judicem esse competentem, quia scil. & vulneratio & raptus & confectio instrumenti falsi revera delicti formam jam habent, etiamsi occisio, stupratio, & usus falsi instrumenti non accesserint. Sed in eo fallitur B. Brunnem. quod *dict. loc.* Carpzovii opinionem refutare arbitretur, quia casus a Carpzovio propositus [illegible] ioltio memoratus loquitur de delicto *ratione solius agentis* in uno territorio inchoato, *ratione vero patientis* in altero consummato. Non omittendus nobis est casus tertius; Quid si Titius Sejum in territorio Caji lethaliter vulneraverit, hic vero in territorio Mevii sit mortuus? Hoc casu solus Cajus est Judex competens *arg. l. 15. §. 1. l. 51. in princ. ad L. Aquil.* quia tunc vulnus lethale est delictum verum & consummatum, nec per mortem Seji Titius delinquit, sed per vulnerationem Carpzov. *d. l. n. 17. & 22. & lib. 2. resp. 28.* Adde quoad priores duos casus Carleval. *d. tit. 1. disp. 2. n. 728. usque ad 731.* ubi circa casum primum dissentit *n. 750.* qui etiam *n. 731. seqq.* suppeditabit quartum casum de mandante homicidium in territorio Caji perpetratum in territorio Mevii, quem distincte resolvit *ibid. num. 731. 733. 734.*

QVÆ REMISSIO] De remissionibus adde omnino Carleval. *d. l. n. 801. 860.*

NEC PRÆVENTIO] De praeventionibus in criminalibus idem Carle[illegible]. *d. l. n. 863. n. 965.*

IN CONFINIO AVTEM DVORVM] v. g. si homo occisus deprehendatur, cujus pars cadaveris jaceat in territorio Titii, altera in territorio Caji? Carpzov. *d. l.* quatuor refutat opiniones 1. putantium eum dominum esse judicem competentem, in cujus territorio caput jaceat 2. eorum qui domino, in cujus territorio cor cadaveris jaceat, cognitionem tribuunt 3. pro eo territorio pugnantium, ubi homicida steterit 4. eorum, ubi jaceant pedes defuncti. Ipsius Carpzovii opinio ab Auctore allata est optima, & approbatur a Brunnem. *d. l. n. 19.*

AD TERRITORIALEM DOMINVM] Adde Brunnem. *d. l. n. 20.* ubi ex Frischio notat, hoc in Electorati Saxon. non observari.

Forum rei sitae quodnam?

XIIX. Aut rei sitae, in actionibus realibus, *l. 38. h. t. l. ult. C. ubi in rem act. l. un. C. ubi poss.* * *Sive res mobilis, sive immobilis, l. 38. in fin. h. t. secundum passivam Germaniae praxin, de qua copiose Sichard. ad l. ult. C. in rem act. Hamm. diss. 4. th. 3. Dn. Carpz. Process. Jur. tit. 3. art. 3. §. 2. Vide diss. nostr. 3. ad 50. Decis. c. ult. n. 36.* * *Sive universalis, sive singularis, sive petitorie, sive possessorie agatur, l. un.*

Cod.

Digitized by Google

C. ubi de poss. l. un. C. ubi in rem act. Sive res corporalis, sive incorporalis, Hillig. Don. 17. N. lit & Clerici ratione bonorum, coram Judice seculari, Gail. obs. 37. n. 4. Myns. obs. 22. & Academici in loco rei sitæ conveniri, nec ad Episcopum, vel Rectorem revocari possint. In loco tamen domicilii possessorem convenire liberum nihilominus putamus. arg. l. ult. ubi in rem. Aut ratione judicii cœpti, quo litem semel cœptam quis, etsi postea alium judicem vel ex privilegio, vel mutatione domicilii consequatur, persequi tenetur, l. 3. l. 7. h. t. Sive cœptum sit judicium per litis contestationem, quo casu per modum etiam exceptionis, tam ab actore, quam reo, opponi potest, l. 30. h. t. l. 4. C. de jurisd. arg. l. 3. §. 11. de pecul. Sive per citationem, §. ult. Inst. de pœn. tem. lit. Quo casu oritur præventio, l. 7. h. t. Quæ ex parte actoris contra reum tantum locum habet. Aut causæ continentia, seu adfinitate, qua vel propter diversas personas, vel res, diversis judicibus subjectas causa, recta, coram judice omnium superiori, proponitur. Aut apud eundem judicem, apud quem principalis causa cœpta est, incidentia quoque & emergentia aguntur & terminantur.

Cœptum judicium dicitur vel per lit. contestationem vel citationem.

Causæ continentia.

AD THES. XIIX.

AUT REI SITÆ] Quod & a quibusdam solet appellari domicilium bonorum, non commode, ut ostendi in diss. de eo, qui est sine domicil. §. 9. seqq. Cæterum an & quomodo absens in loco rei sitæ conveniendus sit, docet Carleval d. l. n. 149. seqq.

SIVE RES MOBILIS] Quod latius declarant Struv. ex. 9. thes. 55. Carleval. d. l. n. 147.

SIVE UNIVERSALIS] Ad l. un. C. ubi de hered. respondet Struv. in resolut. ad ex. 9. th. 51.

SIVE POSSESSORIO] Struv. th. 50.

SIVE INCORPORALIS] Carleval. d. l. n. 146.

IN LOCO TAMEN DOMICILII] Struv. th. 55. 56.

XIX. Jure singulari forum, privilegio vel privato, quando ex rescripto Principis certo individuo hoc conceditur, ut coram alio judice, quam qui in privilegio datur, conveniri non possit. Vel privilegio publico, in corpus juris relato, certo generi personarum concesso competit, uti ex parte actoris miserabilibus personis, quales pupilli, viduæ, (cujus appellatione qualibet venit fœmina cœlebs) & similes, quæ judicis arbitrio relinquuntur, quæ in prima instantia, omisso judice inferiore, reum statim ad Imperatoris tribunal in jus vocare possunt, l. un. C. quand. Imp. in pup. & vid. Fisco, agenti de causis ad

Jure singulari quibus forum competit.

 fiscum

fiscum pertinentibus, *qui reum coram Procuratore Cæsaris illius provinciæ, in qua reus domicilium habet, convenire potest, l. 2. C. ubi cau. fisc.*

AD THES. XIX.

EX PARTE ACTORIS] Struv. *th. 55.* Datur etiam forum singulare, seu privilegiatum ex parte causarum, quod exponit idem *thes. 57. 58.*

FISCO AGENTI] Quid hodie juris circa causarum fiscalium forum, vide Cammer-Ger. Ord. *lib. 2. t. 10.*

XX. Ex parte rei, personæ illustres in criminalibus non nisi apud Principem accusari possunt, *l. ult. C. ubi Sen. vel Clar.* Milites apud suum Magistratum, *l. 6. C. de iurisd. l. 7. h. t.* Studiosi *Professoresque* apud Rectorem, *auth. habita, C. ne fil. pro pat.* *Quod si Studiosus in una Academia contraxit vel deliquit, postea in aliam migrans, animo non revertendi, adhuc coram Rectore prioris Academiæ recte conveniri potest.* *Persona ecclesiastica coram iudice Eccles. Imperator coram Electore Palatino, Status Imperii in privilegiatis instantiis, quas Austregas vocant, conveniri possunt.* *Personæ miserabiles, ut in loco domicilii conventi, ad Principem causam trahunt, l. un. C. quan. Imp. int. pup.* *Ita ad Principem vocati, ad locum domicilii provocant.* Forum denique extraordinarium (*iunge cum aphor. 14.*) sortitur quis ratione jurisdictionis vel mandatæ, vel prorogatæ, *de quibus diss. praced.*

Forum miserabilium personarum.

AD THES. XX.

EX PARTE REI] Plura suppeditabunt Struv. *exerc. 9. thes. 55.* Carleval. *d. l. qu. 6. per integr.*

PERSONÆ ILLUSTRES] Conf. dicta *ad th. 17.* Usum modernum vide apud Perez. *ad Cod. ubi Senat. vel Clariss. n. ult.* Struv. *d. th. 55. n. 5.*

MILES APUD SUUM MAGISTRATUM] Atqui dixerat Auctor *th. 17.* etiam militem in loco delicti commissi stare debere. Sed respondeo distinguendo inter delicta graviora & non militaria, & inter delicta leviora, vel militaria. In his remittendus est utique miles ad suum ducem. Conf. Struv. *d. th. 55. n. 5.* Adde omnino Carleval. *d. disp. 2. n. 962. seqq.* ubi plura de foro militum.

QUOD SI STUDIOSUS] Cui simile est, quod Studiosus nec de contractis alibi, quam in Academia initis, nec de delictis alibi commissis in loco Studii conveniri queat per doctrinam eorum, quos citat Struv. *ex. 9. th. 55. n. 6.*

PERSONÆ ECCLESIASTICÆ] Nisi ratione rei sitæ conveniantur. Struv. *d. th. 55. n. 1.*

IMPERATOR CORAM ELECTORE PALATINO] *A. B. c. 5. §. fin.* Judicium hoc Imperatoris hodie non exolevisse, nec ad Electorem Bavariæ una cum Electoratu Palatini esse translatum & alia plura huc spectantia vide ap. Limn. *de J. P. l. 5. c. 5. n. 26. seqq.* Burgold. *ad Instrum. Pac. P. 2. disc.*

2. diss. 10. §. 10. Schwveder. *Introd. in jus publ. Part. special. sect. 1. cap. 5. §. 18. seqq. p. 765. seq.*

STATVS IMPERII] Spectant hæ Austregæ ad causas civiles non ad feudales, criminales, aut matrimoniales. Schwveder *d. l. c. 17. n. 17. p. 670.*

ITA AD PRINCIPEM VOCATI] Sed hoc non faciunt solæ personæ miserabiles, verum & aliæ principi non immediate subjectæ.

DISSERTATIO XXII.

De Actionibus.

RESPONDENTE
PETRO DANÆO, Dithmars.

APHORISMUS I.

AD materiale judicii, ut eleganter *Isidorus lib. 18. orig.* (*ibi: causa est judicii materia, quæ dum proponitur est causa, dum disceptatur, est judicium, dum finitur, est Jus, seu justitia*) *pertinet* Actio, *non qua cuiusque est, & ex iure quæsito pendet: Ita enim ad secundum iuris obiectum referri potest, arg. l. 32. pr. ff. ad L. Falcid. l. 52. de A. R. D. l. 49. de V. S. Sed qua instituenda & exercenda in iudicio. Accipitur autem vocabulum, sensu iuridico, vel generaliter, ut complectatur & stipulationes prætorias, l. 37. de O. & A. itemque persecutiones criminales, arg. l. qui accus. C. de edend. Implorationem officii iudicis nobilis, d. l. 37. l. 178. §. 2. de V. S. Vel strictissime pro sola actione personali, l. 38. de V. O. Vel specialiter & proprie pro communi genere actionis in rem & personam, d. l. 178. §. 2. de V. O.* est jus, *non formula: Sed facultas legitima, quatenus scil. in persona creditoris radicata: Non ut actu intentata,* persequendi in judicio, *non vi privata, l. 13. ff. quod met. caus. l. penult. & ult. ff. ad L. Jul. de vi priv. l. 176. ff. de R. J.* quod sibi debetur *quocunque iure sive reali, sive personali, l. 178. §. 3. de V. S.* Estque * *origine sua iuris gentium, &* vel in rem, vel personam, *§. 1. Instit. h. l. 25. de O. & Act.* Utraque vel civilis, *quæ ex parte aliqua iuris civ.* * *Etiam responsis prudentum, §. 3. Inst. h. t. l. 2. §. 6. de O. J. Huc refero & illas actiones,* * *quæ statutis Ducum, Marchionum, Comitum introductæ sunt, ius superioritatis habentium.* Vel prætoria, *quæ ex Prætoris iurisdictione descendit, §. 3. Inst. h. t.*

Actio quatenus tertium juris objectum constituat.

Actio accipitur tribus modis.

Actio origine sua est juris gentium.

Actiones, quæ introducuntur statutis Ducum &c. sunt civiles, & quare?

AD

AD DISSERTAT. XXII.

AD THES. I.

ACCIPITUR AUTEM VOCABULUM] Homonymiam actionis tradit Struv. ex. 46. th. 57. 58.

QUATENUS SCILICET IN PERSONA CREDITORIS] Atqui initio hujus theseos dixerat Auctor actionem hic non considerari, quæ cujusque sit & ex jure quæsito pendeat.

JURIS GENTIUM] Non proprie dicti, sed si auctorem respicias, juris pro facultate accepti, si verum, legis naturalis.

HUC REFER ET ILLAS ACTIONES] Recte, nam male & ex confusione juris publici Justinianei cum jure publico hodierno Imperii Romano Germanici a nonnullis Duces & Marchiones Prætoribus antiquis fuerunt comparati.

II. Actio in rem, *quæ & petitio, l. 25. de O. & A. l. 178. §. 2. ff. de V. S. & vindicatio, §. 15. Inst. h. t.* Civilis, vel est rei vindicatio, qua rem corporalem, mobilem, immobilem *l. 1. §. 1. de R. V. non solum singulas, sed & universitatem facti, d. l. 1. §. ult. non vero universitatem iuris, ut est hereditas. l. 1. pr. l. 56. h. t. l. fin. autem 27. §. sed & is ꝟ. de R. V. l. 69. l. 52. l. 36. ff. eod.* jure dominii. *Sunt enim huius actionis duo requisita. Ex parte actoris, dominium, l. 23. de R. V. Ex parte Rei, possessio, l. 1. C. de al. iud. mut. sub qua & nuda detentio comprehenditur, arg. l. 9. ff. de R. V. Imo & qui liti se sponte obtulit, aut dolo malo, l. 25. 27. ff. eod. sive ante, sive post litem contestatam possidere desiit, l. 27. §. 3. de R. V. l. 1. §. fin. ff. de tign. iunct.* a quovis possessore petimus, *§. 1. Inst. h. l. 23. de R. V. Estque vel directa soli domino competens, l. 2. §. 1. ff. si ser. vind. Vel utilis, Vasallo, 2. Feud. 8. Emphyteuticario, l. 1. §. ult. ff. si ager vect. Creditori, d. l. 18. ff. de pig. & hyp. l. un. §. fin. de remiss. Non usufructuario, nisi per consequentiam ipsum usumfruct. vindicando, d. l. un. § pen. de remiss. l. 6. §. 4. ff. si serv. vind.* Reus *hac actione* damnatus cogitur rem restituere. *l. qui restituere. 68. ff. de R. V.* una cum fructibus & omni causa, *l. Julianus 17. §. 1. l. ceterum. 31. l. fructus. 33. l. & ex diverso 35. §. 1. ff. eod.* Si vero restituere non possit, siquidem dolo fecit, ne possit, aut in [illegible] damnabitur, in quantum actor in litem juraverit. *l. 5. pr. & §. pen. ff. de in lit. iur.* aut in veram litis æstimationem, *prout actor voluerit. l. quod si possessor. 71. de R. V. qui nec suas actiones ei cedere cogitur. l. is qui dolo. 69. ꝟ. eod.* Sin culpa, indistincte in veram litis æstimationem, & ei actiones ab actore *æstimationem consequente* cedi

Quænam requiruntur, ut competat rei vindicatio.

Cui & contra quem detur?

cedi debent. *l. si culpa* 65. *ar. h.* Vel confessoria, qua servitutem *sive personalem, sive realem* in re alterius nobis competere adserimus, *§. 2. Inst. h. t. l. 2. ff. si serv. vind.* *Utilis confessoria datur quasi domino, ut emphyteutæ. l. ei qui 16. ar. de servit. qui servitutem præscripsit sine titulo. l. si quis diuturno. 10. pr. ff. si serv. vind. l. 1. §. ult. ff. de aq. & aq. & creditori habenti jus in re. d. l. ei qui.* Datur autem contra dominum vel possessorem rei servientis, vel eum, qui dolo desiit possidere, vel liti se obtulit, *& quemcunque alium impedientem, quo minus actor servitute utatur. l. 5. §. ult. l. ult. ff. si usufr. pet. l. 6. §. hac autem. l. si quis diuturno. 10. §. 1. ff. si serv. vind. hodie vero non pro servitutibus tantum: Sed & pro aliis etiam juribus, uti jurisdictione, patronatu, &c. adserendis competit, ut negandis, negatoria, utrinque utilis, arg. l. 9. §. 2. de damn. inf.* Et Negatoria, qua servitutem a re nostra deberi negamus, *§. 2. Inst. h. t. Quo differunt servitutes a rebus corporalibus, in quibus non est locus actioni negatoriæ, quia corpora non vindicat, qui ea tenet, quum sufficere ei debeat, quod possideat, l. 1. §. 6. ff. uti poss. & si maxime probaret, rem non esse adversarii, non tamen obtineret, esse suam, cum posset esse tertii, l. 11. de jurej. Excepto uno casu, §. 2. Inst. h.* * *Qui unus quis sit, assiduo queritant a Justiniani Interpp. Quidam inveniri desperant, quidam hic illic invenisse videri volunt. Ego ἀνακεφαλαίωσιν agnosco in vers. sane. §. 2. ut non novus casus quartis ff. jubeatur: Sed ipse hic rerum incorpor. qui latius in ff. explicatur.*

Actio confessoria. Cod.

Contra quem datur?

Negatoria.

Quis unus ille casus in §. 2. Inst. de Action.

AD THES. II.

ACTIO IN REM] Actio in rem est, quæ oritur ex Jure in re, & datur contra possessorem, qui nullo jure mihi obligatus est. *Struv. d. Ex. 46. th. 62.* Jus in re autem, actiones reales producens, unicum agnoscimus cum Magnif. Dn. Ordinario nostro, scil. Dominium.

JURE DOMINII] Strictissime dicti, quod est rerum corporalium. Magnif. Dn. D. Bocer. *diss. de Jure in re cap. 1. §. 4.*

VASALLO, EMPHYTEUTICARIO] Atqui hi sunt domini, etsi non directi, tamen utiles *Struv. Ex. 11. th. 55. seqq.*

CREDITORI]. Hæc assertio per *d. l. 18. de pign. & hypoth. & d. l. an. 4. fin. dec. miss.* non probatur. Illa enim loquitur de actione Serviana, hæc de actione utili confessoria. Alia exempla rei vindicationis utilis vid. apud Struv. *d. Ex. 11. th. 6.* Schütz. *in comp. Jur. de R. V. p. m. 90. in S.*

CONFESSORIA] Quæ oritur ex dominio servitutis *arg. l. 5. ff. si usufr. pet. l. 11. §. 6. quod vi aut clam.* Magnif. Dn. Ordinarius *d. diss. c. 9. §. 1.*

NEGATORIA] Cujus causa efficiens est dominium libertatis. Idem *c. 5. §. ult.*

DEBERI NEGAMUS] Caute hic procedendum Advocato, ut in terminis negativis maneat, ne inde recedendo, onus probandi in se suscipiat. Vide omnino Noric. *in add. i. ad t. 2. Inst. de action.*

EGO ἀνεπιφαλεία] Quam explicationem ut & omnium illorum, qui receptam lectionem retinent, quamvis rideat Anton. Matth. *in notis ad Inst. p. m. 325. seq. in d. §. 2. de action*: SANE NON UNI CASUI legendum putant, ejus ratio tamen tanti non est, ut nos ab Auctoris sententia moveat, quam distinctius explicat Huberus *ad Inst. de action. th. 4. p. m. 314.* Eos qui alium casum suppeditant, ex *l. 9. de R. V.* vel in judiciis duplicibus, vel in interdictis, Uti possidetis & utrubi, vel ex *l. 8. §. 13. de inoff. testam.* vel ex *l. 14. & 15. de probat.* vel in Contravindicatione Gellii *Noct. Attic. lib. 20. cap. 9.* breviter refutat VVisenbach *disp. 44. ad Inst. th. 16.*

Publiciana. Cui datur?

III. Praetoriae in rem actiones sunt Publiciana, *ab autore dicta*, qua qui in conditione usu capiendi est, *rem a non domino bona fide & justo titulo accepit.* * *Et sub hac qualitate & vero Domino accommodatur*, rem amissam. *l. 1. l. 3. & seqq. l. 6. §. ult. l. 12. §. ult. l. 13. h. t. Etiam incorporalem. l. si ego 11. §. 1. ff. de Publ. in rem.* a possessore, *modo ut sit verus Dominus. l. pen. & ult. ff. d. t. Quid si duobus res vendita, & tradita, & inde amissa? Uter Publiciana utetur; cui res tradita? An qui tantum emit? Illum respondet Ulpianus potiorem in Publiciana, l. 9. §. 1. 4. h. Sed quae dubitandi ratio? Cum posterior tantum emerit, nec tradita ei sit. Sine traditione autem Publicianam non competere certum sit. l. 7. §. 16. h. Respondeo, vel quod alter tantum emisse dicatur, intuitu juris, quia venditor, qui priori alteri tradidit, omne jus quod habebat, in eum transtulit. Ut quamvis posteriori quoque de facto tradat, nihil tamen in eum transferre queat, & hoc adeo respectu tantum emisse dicatur: Vel potest dici, quia posterior actione empti venditorem convenire potest, ut praestet sibi actionem suam, scilicet Publicianam. §. cum a. 3. Instit. de emt. vend. vers. Utique tamen. Qua ratione, etsi tantum emit, concurrere tamen cum altero, cui res tradita, potest. Quid si a diversis non dominis emerint? Ulpianus ait, meliorem esse causam possidentis, quam petentis, l. 9. §. 4. Neratius ait: sive ab uno, sive ab alio atque alio non domino emerint, eum, qui prior accepit, tuendum esse. Ergo distinctio ab Ulpiano tradita, a Neratio insuper habetur. Respondeo, agi de diversis speciebus: Ulpianus quaerit, utri ex duobus bona fidei possessoribus detur Publiciana adversus tertium possessorem. Respondent neutri dari: sed possessorem tertium esse tuendum. Ratio, quia*

Contra quem?

Quid duobus res, vendita, & tradita, utri in casu ejus amissae, Publiciana competit.

cum

cum neuter emtorum præ altero jus potius habeat, neutri ad restitutionem potest condemnari possessor, quin ab altero conventus denuo eodem modo condemnari debeat. At vero non potest eandem rem bis restituere possessor. Ergo in pari petitorum causa possessor potior habendus. Hanc esse veram Ulpiani mentem patet, dum dicit, meliorem esse possidentis, quam petentis causam. At uterque h. l. possessor est petitor. Ergo neutrius causa, possessoris causa prævalet. Explic. l. 9. §. 4. de public. in rem. act. Etsi aliter diceremus, efficeremus, dari actionem magis possessori, cui actio nulla competit, & cui petitoris seu actoris partes dandæ essent, ei actionem denegaremus. Neutri ergo dat Publicianam Ulpianus. At Neratius quærit, si duorum emtorum alter adversus alterum, (non contra tertium possessorem) agat, cessa sibi a venditore Publiciana. (Nam de cessione actionum agi lex tota probat.) tuendum esse, qui prior rem accepit. Id est, possessor est tuendus contra petitorem, alterum ex duobus bonæ fidei emtoribus, vindicat. §. 4. Inst. h. t. Quid si furiosus rem tradidit? Rem scilicet alienam & quidem ei, qui ignorabat, vendentem furere? Publicianam arbitratur emtori Marcellus l. 7. §. 2. h. Paulus ei negat. l. 2. §. 16. Pro emt. An Marcellus ex æquitate, Paulus ex jure stricto? Concil. l. 7. §. 2. de public. in rem actione & l. 2. §. 16. pro emt. Imo de æquitate loquitur Paulus, utilitatis causa usucapionem admittens simul, & publicianam negans. Quid ergo? Marcellus concedit contra tertium emtori: Paulus denegat adversus furiosum, quia respectu hujus nihil actum est, a quo incipere possit & fundari Publiciana, cum causa sit nulla. Actum autem est aliquid contra verum dominum usucapione, ex cujus parte negligentia, ex parte emtoris possessio, bona fides, & justus titulus eum satis tuentur, cui error facti circa personam tradentis non potuit nocere. l. 4. de I. & F. I. Vide dissert. nostram de Publiciana th. 9. Rescissoria. Rescissoria. l. 28. §. fin. ff. ex quib. caus. maj. l. 15. C. de postlim. revers. qua rescissa usucapione, liberatione, alienatione, pristinus dominus rem suam * intra annum, ex quo absens est, reversus, §. 5. Inst. h. l. 35. de O. & A. l. ult. C. ex quib. caus. contra Donell. in d. §. rursus n. 8. petit, §. 5. Inst. h. Annus is olim utilis, hodie quadriennium continuum l. ult. C. de temp. in integr. * Non quod rescissa per restitutionem in integrum usucapione ipsa demum competat, ut Dd. volunt, qui propterea remedium rescindens a rescissorio distinguunt: Sed quod per eam rescinditur usucapio jure perfecta, l. 35. in fin. pr. de O. &

Cui competit. *Act. non speciali sane decreto: Sed eo ipso, quod Prætor hanc actionem rescissoriam dat, l. 18. C. de postl. revers. Ideoque ex edicto, quo actio datur adversus alterum, rescinditur usucapio per ipsam actionem rescissoriam, ut contractus dolo vel metus facti actione quod metus causa & de dolo. Competit ei, cujus res usucapta est ab absente Reip. causa, possessore vel captivo per hos, quos in potestate habuit ex causa peculiari, nullo relicto defensore, quem convenire potuerit, is, cujus res usucapta, l. 21. & seqq. ff. ex quib. caus. maj. Sed & absenti reverso contra præsentem usucapionem competit Cujac. ad §. rursus Inst. h.* Revocatoria. Revocatoria qua revocantur alienata *a debitore, vel tum, cum bonis se labi sentiret, vel postquam jam cessit bonis (Cessio enim nondum actualem possessionem transfert) Vel postquam creditores ex primo decreto in bonorum possessionem jam sunt missi. Sive debitore latitante, sive ex causa judicati. Datur enim ex pignore prætoria actio, l. 26. de pign. act. l. ult. C. de prat. pign.* in fraudem creditorum, *§. 6. Instit. h. Si debitori prius excusso appareat, bona a creditoribus jam possessa non suffectura. l. 1. C. de revoc. hi qua in fr. Tum ergo demum datur hæc actio, quando bona a creditoribus sunt possessa, & appareat ea non sufficere creditoribus, sive ante missionem cessionemve, sive post eam alienaverit debitor fraudulose. Quæ fraus intercedere debet tam ex parte alienantis, quam accipientis. l. quod autem 6. §. hoc edictum. 8. l. ait prætor. 10. §. 5. ff. Quæ in fr. cred. siquidem accipiens titulo oneroso adquisivit. Cæterum si lucrativo, non interest, conscius sit fraudis, nec ne l. ignoti. C. de revoc. his qui in fr. Dn. Carpz. p. 3. decis. 224. Hæc actio Pauliana creditur & lex etiam Theophilo appellatur.* Hypothecaria. Hypothecaria nascitur ex jure pignoris *& ex eo jure in rem quod vel in ultima voluntate. l. 26. de pig. act. l. 1. vers. cum enim. C. com. de legat. vel ex conventione, de re aliqua pignori habenda, creditori nascitur. l. 1. de pign. act. l. 17. §. 2. de pact. Id est, hypotheca. Quæ vel est generalis, vel specialis. Illa v. g. in hereditate, vel omnibus bonis, vel quota horum, illiusve parte. Hæc ante Justinianum bona futura non videtur complexa fuisse, nisi expressa mentio facta. l. idemque 7. §. 1. Qui potior. l. 3. C. de serv. pig. dat. Sed a Justiniano effectum, ut & futura sub ea venirent. L. ult. C. Quæ res pign. Hæc in rebus singulis. Utraque vel tacita, vel expressa. Generalis tacitæ exemplum primum est hypo-*

hypotheca fisci, ubi res debitorum tacite obligata sunt pro tributis. l. 1. C. in quib. caus. pig. & ex causa contractuum l. 2. C. eod. Etiam eorum quibus successit, nimirum ex tempore, quo successit. Ob debitum *Primipili autem privilegium habet insuper, ut & uxoris bona ei, l. fa- cit. 4. C. in quib. caus. & liberorum hereditate debitoris patris abstinentium, teneantur, l. ult. C. de Primip. II. Civitatis in bonis Administratorum l. ult. C. Quo quisque ord. III. Pupilli & minoris in bonis tutorum vel Curatorum suorum. l. pro officio 20. C. de adm. tut. Quaeritur hic, an tacita hypotheca pupillo in bonis tutoris competens transeat ad pupilli heredes. Negant JCti Jeenses. Vide Dn. Richter de concurs. cred. p. 220. n. 5. Affirmant Lipsienses. Dn. Carpz. 4. Resp. c. 4. resp. 35. n. 9. IV. Liberorum in bonis patris, adventitia administrantis. l. si quis 8. §. ult. C. de sec. nupt. l. 6. §. ult. C. de bon. qua lib. V. Uxoris pro dote in bonis mariti. l. un. §. 1. C. de re. ux. act. paraphernis, ratione administrationis. l. ult. vers. sin autem C. de pact. conv. VI. Mariti in bonis promittentis dotem l. un. §. 1. C. de R. V. A. VII. Legatarii in bonis defuncti. l. 1. C. com. de leg. VIII. Locatoris in rebus inquilini, invectis, illatis in praedium urbanum. l. item. 4. de pact. l. eo jure 4. pr. l. licet. 6. In quib. caus. Excepto, si quis codicem rationum, vel instrumenta suorum debitorum intulit. Haec enim tacite non nectuntur pignori Cynus l. certi juris. C. locat. Cancer. 1. resol. 14. n. 5. Specialis tacitae exemplum. I. Ejus qui credidit in insulam restituendam reficiendam. l. 1. in quib. caus. pig. II. Pupilli in rebus sua pecunia emtis. l. idemque 7. pr. Qui pot. l. pen. C. de serv. pig. dat. l. sed si 3. pr. de reb. cor. qui sub tut. III. Qui hominem liberum redemit ab hostibus, in eo hypothecam habet. l. 2. l. 8. l. liber. 17. C. de his qui post. l. si pater. 15. ff. eod. l. senatus 43. §. ult. de leg. l. qui testament. 20. §. 1. de testam. Pro his ergo hypothecis datur hypothecaria,* quae dividitur in Servianam, qua experitur quis de rebus coloni, *cujusvis etiam partiarii. arg. l. 25. §. 6. locat.* quae *expresso* pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. *§. 7. Inst. h.* Quasi Serviana, qua creditores reliqui, *praeter locatorem aedium*, pignora hypothecasve persequuntur, *d. §. 7. Instit. h. In hac actione actor probare tenetur, rem pignoratam fuisse in bonis debitoris, eo tempore, quo de pignore convenit. l. & quae nondum. 15. §. 1. de pignor. l. qua praedium 6. C. si res alien. Nisi agatur*

Hypothecae generalis tacitae exempla.

An tacita hypotheca, quam in bonis tutoris pupillus habet, ad hujus heredes transeat.

Hypothecae specialis tacitae exempla.

Serviana.

Quasi Serviana.

In hac actione quid actor probare debeat?

ex generali hypotheca. d. l. 15. §. 1. Vel res aliena obligata fuerit sub conditione, si in dominium debitoris pervenerit l. si fundus. 16. §. alienam. ff. de pignori. l. 41. de pig. act. Vel creditor ignoravit esse alienam, & postea dominium debitori quaesitum est. Nam pignus utiliter convalescit. l. rem alienam. 41. de pign. act. Quamvis hoc casu facilius datur creditori retentio, quam actio. l. 1. pr. ff. de pignor. Vel nisi res futura pigneretur, ut fructus nascituri ex fundo debitoris. d. l. & quae nondum. pr. d. 1. Tenetur hac actione is qui possidet, vel dolo facit, quo minus possideret. l. si fundus 16. §. in vindicatione. ff. de pig. Sed tertius possessor non aliter, quam excusso debitore principali: Sandius lib. 1. decis. tit. 12. def. 4. Franz. q. 1. Resol. 12. Sed tamen hae excussionis exceptio omissa a possessore, a judice non debet suppleri. Sandius 1. 7. 2. Quod si probatum est, rem creditori recte fuisse obligatam, jubet judex rem restitui; cui arbitrio si pareatur, bene est, sin, juratur in litem. l. si fundus. 16. §. 3. vers. sed si velit. de pignor. Diss. A. Fab. 16. Conj. 15. Et tertius quidem possessor, ultra quam actoris jurantis interest, condemnari potest, sed debitor in quantum debet. l. si inter. 21. de pig. Interdum & de fructibus arbitrari debet, videlicet ex die litis contestatae. Nam de perceptis ante litem contestatam non potest pronunciare, nisi extent & res principalis non sufficiat ad solutionem. d. l. si fundus. §. interdum. Diss. Faber. Dec. 93. Exer. 1.

AD THES. III.

PUBLICIANA] Cujus causa est dominium praesumtum, seu fictum. Struv. Ex. 11. th. 40. Quamvis Huberus ad tit. Inst. de act. th. 5. in fin. p. m. 530. eam proprie plane non ad actiones in rem, sed actiones in rem scriptas spectare arbitretur.

ET VERO DOMINO] Cui alias quandoque non competit l. 1. §. 1. de Publ. in rem act. l. 18. de pign. Schütz. comp. Jur. de Publ. in rem act. p. 93. in f.

QUID SI A DIVERSIS NON DOMINIS] Quoad explicationem l. 9. §. 4. de Publ. in rem act. junge Struv. Ex. 11. th. 45. & 46. Caeterum mutavit hoc loco sententiam priorem Author. Ita enim in editione antiquiore: Quid si a diversis non-dominis emerint? Si res amissa a priore pervenit ad alterum emtorem, possessor tuendus est. Quid si non amissa res a priore, sed is tamen conveniatur a posteriore actione Publiciana a suo venditore sibi cessa? Et hic possessor tuendus l. 31. §. ult. de A. E. Et hic mea sententia est Cujacii Neratii in d. l. 31. adeoque nulla dissensio inter hunc & Ulpianum.

AN MARCELLUS EX AEQUITATE] Ita Struv. Ex. 11. th. 45.

DE AEQUITATE LOQUITUR PAULUS] Ita respondet Gothofredus ad d. l. 7.

l. 7. §. 2. h. t. & ad d. l. 2. §. 16. Paulum loqui de aequitate, Marcellum de jure stricto.

MARCELLUS CONCEDIT] Conf. Gothofr. *ad d. l. 7. §. 2.* cum qua responsione fere coincidit & illa Gothofredi *ibid.* quod competat Publiciana, si vendiderit furiosus rem alienam, non competat, si vendiderit propriam.

RESCISSORIA] Cujus causa iterum erit dominium fictum, quia hic fingitur rem per usucapionem ad alterum non transiisse, sed in prioris dominio mansisse. Huberus *ad Inst. de action. th. 7. p. 335. b.* hanc actionem ad personales in rem scriptas refert.

AB ABSENTE REIP. CAUSA] Imo ex quacunque causa absente, nam hoc casu absentia reip. causa saltem exempli loco recensetur a Triboniano *§. 5. Inst. de Act. vide l. 21. §. 1. ex quibus caus. majores.* Huberum *ad Inst. de Action. §. 5. in fine.* Ceterum hodie post *l. 2. C. de ann. except.* hanc actionem esse sublatam putat Bachovius eoque inclinat Huberus *d. l.* quos refutat Schütz. *in comp. ex quib. caus. maj. p. 47.*

SED ET ABSENTI] Non tamen omni. vid. Huber. & Schütz *dd. ll.* adde infra *dissert. 27. th. 22. seqq. ibique dicenda.*

REVOCATORIA] Hanc ex dominio ficto deducit Schütz *ad tit. quae in fraud. cred. p. 460.* Ex pignore Praetorio Auctor hic. Conf. Strauch. Ex. 44. th. 74. Nobis placet effatum Magnifici Dn. D. Bornii *diss. de jure in re cap. 5. §. 2. Actio Pauliana, quam ex pignore Praetorio descendere ait* (Hahnius) *neque ex pignore est neque ex quocunque alio jure in re, sed extraordinaria, tam de realibus, quam de personalibus participans, ut puta, quod bene docuerunt Ultramontani, magis dativa, quam nativa, formata a Praetore, prout aequitas nulli neque suasit, ut ne nimis faveret creditoribus & possessoribus injuriam faceret, nec nimis etiam creditores gravari permitteret. Ab actionibus realibus habet hoc, quod detur etiam contra tertium possessorem, in quo obligatio nulla est l. 6. 9. 11. ff. de his, quae in fraud. credit. item quod dicatur petitio in §. 7. Inst. de action. A personalibus, quod cum his quoad fructuum praestationem comparetur l. 38. in pr. & §. 4. ff. de usur. it. quod dicatur actio in factum l. 10. l. 14. ff. de his quae in fraud. cred. l. pen. C. eod. Minime autem D. Hahnius ex l. 5. C. de praet. pignore illa probare intendit actionem Paulianam esse ex pignore, nam ista lex non agit de actione Pauliana, sed utili hypothecaria, & multo antiquior est actio Pauliana, quam quod data dici possit in lege fin. quae Justiniani est.* Eadem fere habet Huberus *ad Inst. de action. th. 7. p. 335. b.* nisi quod hanc actionem personalibus, sed in rem scriptis accenseat, quod tamen veritati non consonum. *Quandoquidem in rem scriptarum actionum ista est natura, ut origine sua sint personales ex aliqua certa obligatione resultantes, sed a realibus participant istud, ut subinde contra tertium possessorem dentur. Non idem in nostra contingit, quamvis enim ea detur contra tertium possessorem, tum quando is ex titulo lucrativo habet, licet fraudis non sit particeps, tamen non datur contra illum, qui bona fide & pretio soluto nactus est,* verba sunt Excellent. Dn. A. B. Carpzov. *in dissert. inaug. de rebus his quae in fr. cred. cap. 6. §. ult.*

VEL

VEL CUM BONIS SE LABI SENTIRET] Recte. Nam actio Pauliana datur etiam de rebus ante missionem alienatis *l. 15. l. 17. in pr. de his quæ in fr. cred. ab.* etsi Donellus dissentiat male intelligens verba §. 6. *Inst. de act. bonis ejus creditoribus possessis* eaque ad vocem antecedentem; *tradiderit* referens, cum tamen spectent ad verbum sequens; *pervertitur*. Breviter: his verbis non denotatur objectum actionis sive res, quæ petitur, sed potius terminus a quo competit hæc actio. Vid. Huber. *ad Inst. de act. th. 7. in fin. p. 335.* VVissenb. *ad Inst. disput. 45. th. 25.* Bachov. *ad Inst. §. 6. de action.* Struv. *Ex. 44. thes. 74.* Sand. *lib. 3. decis. 13. def. 1.* ubi meminit in Frisiorum Curia ita judicatum esse.

EX PIGNORE PRÆTORIO ACTIO] Actionem Paulianam ex pignore Prætorio non dari modo ostensum est. Hic aliorum opiniones notandæ. Voët. *ad §. 6. Inst. de act. n. 1. p. m. 422. Rescissoriam rerum, quæ in fraudem creditorum factæ sunt, duplicem esse putat. Unam in rem in specie dictam rescissoriam, quam explicet §. 6. juncto §. 5. h. t. quæ competat ipsis creditoribus, bonis a creditoribus possessis, pignoribus prætoriis, quod ex ipsa bonorum possessione natum est, persequendi l. 14. ff. de his, quæ in fraud. cred. l. 35. ff. de O. & A. Alteram in personam esse appellatam Paulianam. Et licet in §. 6. hujus tit. videatur rescissoria cum Pauliana confundi, in quantum hanc etiam inter rescissorias reales ordinis ratione collocare velint; esse tamen illam in rem, Paulianam in personam. Hanc enim postremam ex dolo originem habere & appellari in factum Prætoriam l. 14. ff. quæ in fraud. cred.* Sed in §. 6. *Inst. de act.* omnino de Pauliana agi, non de ea, quæ competat ex pignore Prætorio, probant VVissenb. *d. disput. th. 27.* Huber. *d. th. 7. p. 335.* Paulianam vero non ex dolo oriri ostendit Bachov. *ad §. 6. Inst. de act. p. m. 782.* Cæterum etsi jam constet de rescissoria ista ex pignore Prætorio oriunda non tractari in §. 6. *Inst. de act.* quæritur tamen, an præter Paulianam detur adhuc alia actio rescissoria rerum, quæ in fraudem Creditorum alienata sunt ex pignore Prætorio oriunda? *Lex 14. ff. quæ in fraud.* a Voëtio eum in finem adducta nihil probat, quia loquitur de actione in factum; adeoque de ipsa actione Pauliana, ut ipse Voëtius in verbis mox sequentibus fatetur ipse. Lex altera Voëtii, scilicet *l. 35. de O. & A.* etiam plane nihil probat. Pro ista tamen actione in reliquis a Voëtio, ut vidimus, dissentiens pugnat Huber. *d. th. 17.* ita incipiens; *Tertia sequitur actio Prætoria in rem sic dicta; qua creditores, qui sunt missi in possessionem bonorum debitoris sui, repetunt ea, quæ in fraudem suam a debitore sunt alienata, perinde ac si res adhuc in bonis debitoris mansisset. Sciendum autem, creditoribus duplicem EX HAC CAUSA actionem dari, unam ex pignore Prætorio, quæ datur ad repetenda ea, quæ post decretam factamque missionem sunt alienata l. 9. C. de bon. auct. jud. possid. l. ult. C. de Præt. pign. alteram quæ competit etiam creditoribus post missionem ad revocanda ea, quæ vel ante, vel post missionis decretum alienata fuerunt eaque Pauliana dicitur &c.* Sed fallitur Huberus, quando putat actionem de qua agit *l. ult. C. de Præt. pign.* EX

CAU-

CAUSA FRAUDULENTÆ ALIENATIONIS oriri, cum ibidem ne tenuissima quidem mentio spergatur hujus alienationis fraudulentæ; sed e contrario dicitur hypothecariam actionem competere, si creditor Prætorium pignus amittat, notante VVissenbachio *d. th. 17.* Agit ergo *d. l. ult.* de actione hypothecaria, inter quam & actionem revocatoriam utique est differentia. *Conf. Brunneman. ad d. l. ult.* Et imo Hubertus ipse *d. l.* concedit, ad alteram (scil. actionem *d. l. ult.*) quæ ex pignore Prætorio nascitur, nusquam animum fraudandi requiri. Ut taceam omnem actionem revocatoriam esse Prætoriam *d. §. 6. Inst. de Act. junct. §. 3. eod.* actio vero ex Pignore Prætorio est civilis *d. l. ff. C. de pign. Prætor.*

HÆC ACTIO PAULIANA CREDITUR] Et ita vocatur *l. 38. §. 4. de usur.* ejusque naturam latius explicatam vide in *cit. disp. inaug. Excell. Carpz.*

HYPOTHECARIA NASCITUR] Potius ex dominio juris pignoratitii. Magnif. Dn. Ordin. *d. disput. cap. 5. §. 1.*

QUOD VEL EX ULTIMA VOLUNTATE] Jus pignoratitium immediate semper oritur ex traditione, quod eleganter declarat Idem *d. c. 5. §. ult.*

HÆC ANTE JUSTINIANUM] Ostendunt quidem allegatæ leges antiquis temporibus istam formulam *bona, quæ quis habet habiturusve esset,* maxime frequentatam fuisse, quibus junge *l. 6. de pignor. l. ult. qui potior l. 15. ff. de jure fisci*: quod vero ante Justiniani tempora hypotheca generalis bona futura non exprimens eadem non fuerit complexa, illud non evincunt. Neque *l. ult. C. quæ res pign.* mentionem facit, quod olim ea de re dubitatum fuerit.

UT ET FUTURA SUB EA VENIRENT] Modo non sint ejusmodi, quæ verosimiliter aliquis non esset obligaturus *l. 6. 7. 8. ff. de pign.* Similis quæstio fuit: An sub hypotheca generali bonorum omnium comprehendantur etiam nomina & actiones? quam affirmative definivit Serenissimus Elector Saxoniæ in *Ordin. Proc. tit. 46. §. nachdem aber &c.* non obstante quod in generali oppignoratione ista expressa bonorum mobilium & immobilium mentio facta fuerit. Adde Martin. *ad. d. §. Ordin. Proc. 15. & seq.*

HYPOTHECA FISCI] Confer *tex. 28, 26, 16. 14. 15.*

ET EX CAUSA CONTRACTUUM] Etiam ex causa pœnarum fiscalium *arg. l. 46. §. 3. ff. de jure fisci.* Brunneman. *ad l. un. C. pœn. fisc. Ordin. Proc. Saxon. tit. 45. §. desgleichen obwohl &c.* Dissentit Dn. Strauv. *d. ex. 28. 26. 15.* per *l. 37. de Jure Fisci l. un. C. pœn. fisc.* Verum dicti textus iterum de privilegio prælationis loquuntur, non de hypotheca tacita. Posses tamen forte sententiam Struvii cum nostra conciliare, diceres: Fiscum in bonis debitorum ex delicto hypothecam non habere, nisi reus quoque ad solvendam pœnam per sententiam condemnatus fuerit, tunc enim a die condemnationis incipere hypothecam tacitam fisci. *Conf. Ord. Proc. d. l. verbis:* von der Zeit anzurechnen/ da einer in eine Straffe verurtheilet worden. Carpz. *P. I. const. 28. def. 109.* Hoc itaque casu debetur fisco ex quasi contractu sc. ex re judicata, & adeo debitum quasi fuit novatum.

NIMIRUM EX TEMPORE] Videtur Auctor respicere ad *l. 6. ff. de jure fisci.* Ubi dicitur quod Fiscus, si in privati jus succedat, privati jure utatur, post successionem vero utatur privilegio suo. Hic textus itaque magis loquitur de privilegio prælationis, quam de hypotheca tacita, & de respectu fisci non ad bona eorum, quibus successit (uti vult Auctor, cujus verba adeo plane sunt obscura) sed ad bona eorum, qui debent iis, quibus fiscus successit.

IN BONIS ADMINISTRATORIS] Struv. *d. th. 15.*

PUPILLI ET MINORES] Struv. *d. th. 15.*

QUÆRITUR HIC] Pro negativa utitur Richterus *l. 41. ff. de adm. & peric. tut. l. 49. l. 1. de reb. aut. jud. possid. l. 67. §. 1. de R. N. l. ult. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Ad quos textus respondet Gutierez *de tutel. P. 1. c. 16. n. 19.* quem novissime probat Brunnem. *ad l. 10. de reb. aut. jud. possid. n. 5.* distinguendo inter jus anteiationis & tacitam hypothecam. Conf. Struv. *in resolut. ad exerc. 44. th. 45. n. 4.* Pro Carpzovii sententia etiam facit Mevius *P. 8. dec. 395.* vide, quæ quoad hanc quæstionem collegit Martini *ad Processum tit. 95. [illegible] n. 17. seqq. p. m. 1465.*

IN BONIS PATRIS] Nec non in bonis vitrici in casu *l. 6. C. in quib. caus. pign. tac. contr.*

UXORIS] Struv. *d. ex. 26. th. 14. n. 3.*

MARITI] Struv. *ibid. n. 2.*

LOCATORIS] Struv. *th. 16. n. 1.*

IN INSULAM] Potius in ædificium *d. l. 2.* non in navem allatam tamen Struv. *th. 14. n. 4. & in resolut. ibid. ubi respondet ad textus obstantes.*

QUÆ EXPRESSO PIGNORIS JURE] Imo & de fructibus in fundo conducto nascentibus, qui tacite intelliguntur pignori esse domino fundi *l. 7. in quib. caus. pign. arg. §. 7. Inst. de act.* ibique Vinnius.

PRÆTER LOCATOREM ÆDIUM] Forte dicere voluit Auctor: *præter locatorem PRÆDII RUSTICI*: Nam locator prædii rustici, ut modo explicuit, habet Servianam. Conf. Schiltz. *in comp. ad tit. de pignor. p. m. 315.*

PROBARE TENETUR] Scil. si agatur contra tertium possessorem, non si contra ipsum debitorem. Struv. *ex. 26. th. 37.*

NUM PIGNUS UTILITER CONVALESCIT] Conf. Auctorem supra *dissert. 19. th. 11. & ibi notata.*

NON ALITER, QUAM EXCUSSO DEBITORE] Quæritur Dd. an hæc exceptio excussionis tam in speciali, quam generali hypotheca locum habeat. Affirmavit Struv. *ex. 26. th. 38.* Franzkius *l. 1. Resol. 112.* Schilz. *comp. de pignor. p. 320. in P.* ob generalitatem textus in *Nov. 4. cap. 2.* Sed verior est negativa, quam defendunt Carpzov. *P. 2. const. 18. def. 18. & lib. 1. Resp. 71.* Hahn. *ad Wesemb. de distrah. pign. N. 1.* per *Nov. 112. c. 1. vers. ab hoc*, ad quam quidem respondent dissentientes eam loqui in specie de alienatione hypothecæ specialis illa, quando inter debitorem & creditorem ita conventum, *vid. Struv. in resolut. ad d. exerc. 26. th. 38.* ut

hanc

hanc responsionem non admittunt verba *d. Nov. 112. cap. 1. ab hac autem dictione vocabulo hypothecas separari decernimus*, eamque latius stringit Hahn. *d. l.* Usum forensem quod concernit, pro affirmativa responderunt Jenenses 1655. teste Struv. *d. l.* & 1659. teste Hahnio *d. l.* Pro negativa Lipsienses & Suprem. Appellat. Judic. *Carpzov. dd. ll.* Francofurtenses item & Helmstadienses, referente Hahnio *d. l.* Denique convenire etiam dictam negativam Juri Saxonico docet Carpzov. *d. resp. 11.* ubi ad objectionem ex *ordin. Proc. de anno 1622. tit. 44.* 1. und das hat auch statt zu respondet.

IV. *Transimus cum Imperatore ad actiones praetorias personales.* Actiones in personam, praetoriae descendunt vel ex nostro contractu, delictove, *vel ex alieno.* Inde est, Actio de constituta pecunia, *qua & constitutoria. l. nec enim. 20. de const. pec. & de constituto. l. 5. §. 1. l. Titius. 24. h. t. l. si ita 59. de solut.* qua convenitur, qui debitum vel suum, vel alienum, *quale illud est Apostoli ad Philemonem vers. 18. (notante Wissenbachio) pro Onesimo.* *In constituto enim, quod pactum praetorium est, arg. l. 1. ff. h. t. juncta l. 6. de pact. requiritur debitum aliquod praecedens. d. l. 1. §. 5. l. 11. pr. ff. h. t. ex quacunque causa, jureve, etiam naturali, l. 1. §. pen. & ult. l. 2. l. 3. ff. de constit. pec.* *Nisi solo jure civili debeatur, adeoque ita, ut exceptio obstet. l. 3. §. 1. vr. h.* *Quia non habet naturalem aequitatem, cui innititur* citra stipulationem, *§. 9. Instit. novationemque l. 28. h. t.* solvere promittit, *l. 1. C. de constit. pecun.* *Et quidem in diem certum, l. 17. & 18. h. t. ut ex natura negotii in decimum diem collata videatur. l. 21. §. 1. h. t. qui etiam omissus, propterea subintelligitur l. promissor Stichi. 21. §. 5. vr. eod.* *Datur haec actio directa ei, cui constitutum, vel domino. l. si vero. 8. l. 5. §. ult. h. aut patri in cujus potestate est. l. 7. h.* *Item iis, qui pro dominis habentur, ut ei, cui quis bona fide servit. d. l. 6. h. siquidem per alterum non fieri. l. si duo. 16. §. 3. h.* *Quod singulare est in hac actione, & secus in caeteris obligationibus puris. l. illud. 17. de per. & com. rei vend.* *Utilis datur his, pro quibus alii constituere: Pupillo ex tutoris, Minori, ex curatoris, Municipibus ex actoris vel syndici. l. 5. §. pen. h. Fideicommissario, ex heredis conventione. l. si poss. 22. vr. h. t.* Fuit & olim actio receptitia, *§. 8. Inst. h. Vide Theoph.* Actio in factum ex jurejurando est, qua quis rem, quam sibi deberi, vel suam esse, ad delationem alterius, extra judicium, *competit enim haec actio, non nisi ex juramento voluntario.* *Nam ex judiciali & necessario, cum utrumque*

Actio de constituta pecunia.

In constituto requiritur debitum aliquod praecedens.

Actio ex jurejurando.

Digitized by Google

t. act. 5. provocet, & Oldendorpius *p. m. 40. & seqq.* tam actori formulam libelli, quam reo exceptiones praescribat; placet tamen *sententia* Magnif. Dn. Strykii *in usu moderno MSC. ad ff. lib. 7. titul. 10.* ita disserentis: *Cum praecipue tam ex hoc titulo, quam ex titulo 7. hujus libri hoc fine prodita sit actio, ut si, dum detinetur alter, praescriptio impleta fuisset, regressus contra impedientem detur ad id, quanti interfuit actionem non esse praescriptam, vel certo tempore non esse liberatum l. 3. §. 1. de eo, per quem factum erit: Hodie vero post citationem actio amplius perire non possit, cum facta citatione omnis praescriptio interrumpatur per l. 7. C. de ann. except. non adeo magnum interesse ex tali impedimento oritur. Ad expensas tamen retardati processus contra impedientem adhuc agi posset ex hoc titulo de eo per quem &c. quamvis & ipse adhibita juxta tit. 7. ne quis eum &c. hoc extra ordinem puniri posse.* Scilicet ob turbatam jurisdictionem per violentam exemptionem *l. 1. pr. ff. ad L. Jul. de vi.* Carpzov. *qu. crimin. 40.* Dn. Schilter *d. ex. 7. th. 17.*

SED QUANTI EA RES REVERA FUISSET] Ingenue fateor me non intelligere, quid his verbis Auctor velit, aut quomodo ea praecedentibus debeant esse opposita. Ideoque sic legendum esse puto: *ut actori teneatur non tantum in id, quod in veritate est, seu quanti ea res revera fuisset, si actor per calumniam eum non vexasset, sed quanti revera id erat super quo in judicium vocabatur.* Conf. Struv. *ex. 5. th. 17.* Caeterum an juramento in litem hic sit locus? quaeritur. Negat Bachovius *in tract. p. 481.* quem refutat Hahn. *ad Wesemb. h. t. n. 3.* cui adhaeret Eckolt *h. t. §. 3.* Sed verior tamen nihilominus videtur sententia Bachovii, & Hahnii rationibus respondet Struv. *in resolut. ad d. ex. 5. th. 17.*

ACTIO PER QUEM FACTUM] De usu moderno hujus actionis praeoccupavimus dicere in nota ad actionem praecedentem.

VEL IN JUDICIO] Male: potius legendum *in JURE arg. rubr. ne quis eum qui in jus vocatus fuerit &c.*

QUI DOLO FECIT] Et quo minus in Judicio compareret, Eck. *h. t. § 4.*

Actio quod jussu. Unde sic dicta?

VI. Ex alieno contractu, *mea voluntate celebrato eaque expressa* * datur actio quod jussu, *l. fin. C. quod cum eo. l. fin. ff. quod juss.* ab *initialibus edicti verbis, subaudi, patris vel domini, factum esse dicetur*, adversus patrem vel dominum ex contractu filiifam. vel servi, suo *patris vel domini* jussu, in solidum, *l. 1. h. t. §. 1. Inst. quod cum eo*, celebrato, qua jussum est, *l. 3. ff. eod. Vel tacita apparente partim ex praepositione.*

Exercitoria.

Exercitoria, data in exercitorem ex contractu magistri, *l. 1. pr. & §. pen. ff. de exerc. act.* ob id, quod navi est praepositus, inito, *d. l. 1. §. non autem.*

Institoria.

Institoria, datur in dominum negotii, ex contractu institoris ab ipso praepositi negotio, *l. 1. l. 5. §. non tamen. l. pen. §. fin. ff. de instit. act. Differunt hae duae, quod exercitor navis teneatur, non tantum ex contractu magistri: sed ex con-*

tra-

Digitized by Google

tractu etiam submagistri, etsi dominus præponi eum ignoraverit, imo prohibuerit. Quod in institore non admittitur, l. 1. §. magistrum. ff. de exercit. act. Tum, quod filiof. navem exercente pater teneatur in solidum: Secus in filiof. institore, ex cujus contractu pater cum cæteris creditoribus venit in tributum, l. 1. §. si qui navem & §. quanquam. ff. de exercit. act. l. 3. §. filiusf. ff. naut. caup. stabul. partim ex permissa administratione pecuniæ. Tributoria datur ex contractu servi vel filiif. adversus dominum vel patrem de merce peculiari, in qua illi scientibus hi negociati sunt, *ut divisio mercis peculiaris inique facta, quatenus scil. solutioni debitorum non sufficit, ad æqualitatem reducatur, cuique creditorum aliquid pro rata debiti solvendo, l. 3. §. pen. & ult. l. quia non. 8. ff. de trib. act. l. 3. w. quand. ex fact. tut.* Et de peculio. *Est autem peculium pecunia, id est, universitas quædam rerum. l. rei. 5. & l. pecunia. 222. de V. S. hominum alieni juris, paterfamilias enim peculium non habet, sed patrimonium. l. paterfam. 182. de V. S. a patrimonio paterno separata. Et est vel Profectitium, quod proficiscitur ex re patris. l. profectitia. 5. pr. ff. de jure dot. l. cum oporteat. 6. ibi: ex ejus substantia. C. de bon. quæ lib. §. 1. Inst. per quas person. nob. adq. contemplatione familiæ paternæ. Quæ enim a patre ad filium proficiscuntur occasione militiæ utriusque, peculium profectitium non constituunt. l. 4. pr. l. castrense. 11. w. de castr. pecul. l. 2. C. de castr. pecul. mil. Meminit hujus Plautus Mercatore: Pater dedit æstimatas merces, ita peculium conficio grande. Adventitium est, quod filius jure proprietatis habet undecunque adquisitum a rebus paternis separatum. Origo ejus non a Constantino Imp. sed altius repetenda videtur, & primum admissa distinctio hæc in dote Ulp. frag. tit. 7. Postea cum Hadrianus constitueret, ut si pater institutus ab aliquo, & gravatus hereditatem filio restituere, si compertus sit bona dissipare, a filio compelli posset ad restitutionem. l. Imperator. 50. w. ad SCt. Trebell. Unde postea JCti velut ex jure recepto ita intrepide respondebant, l. cogi. 16. §. si pater filium. w. ad SCt. Trebell. Et Antoninus Pius hereditatem furiosi filio concedebat, non obstante paterna potestate. l. cum heres. 52. w. de adq. her. Quibus gradibus jam cœperat peculium adventitium quasi formari, cum profectitium censeri non posset, quod patre invito & coacto haberet filius. l. 5. §. si quis certam. w. de Jure dot. Inde*

Tributoria.

Peculium quid?

Profectitium.

Adventitium.

Digitized by Google

ex generali hypotheca. d. l. 15. §. 1. Vel res aliena obligata fuerit sub conditione, si in dominium debitoris pervenerit l. si fundus. 16. §. alienam. ff. de pignori. l. 41. de pig. act. Vel creditor ignoravit esse alienam, & postea dominium debitori quaesitum est. Nam pignus utiliter convalescit. l. rem alienam. 41. de pign. act. Quamvis hoc casu facilius datur creditori retentio, quam actio. l. 1. pr. ff. de pignor. Vel nisi res futura pigneretur, ut fructus nascituri ex fundo debitoris. d. l. & quae nondum. pr. d. t. Tenetur hac actione is qui possidet, vel dolo facit, quo minus possideret. l. si. fundus 16. §. in vindicatione. ff. de pig. Sed tertius possessor non aliter, quam excusso debitore principali; Sandius lib. 1. decis. tit. 12. def. 4. Franz. q. 1. Resol. 12. Sed tamen hac excussionis exceptio omissa a possessore, a judice non debet suppleri. Sandius 1. 7. 2. Quod si probatum est, rem creditori recte fuisse obligatam, jubet judex rem restitui; cui arbitrio si pareatur, bene est, sin, juratur in litem. l. si fundus. 16. §. 3. vers. sed si velit. de pignor. Diss. A. Fab. 16. Conj. 15. Et tertius quidem possessor, ultra quam actoris jurantis interest, condemnari potest, sed debitor in quantum debet. l. si inter. 21. de pig. Interdum & de fructibus arbitrari debet, videlicet ex die litis contestatae. Nam de perceptis ante litem contestatam non potest pronunciare, nisi extent & res principalis non sufficiat ad solutionem. d. l. si fundus. §. interdum. Diss. Faber. Dec. 93. Exer. 1.

AD THES. III.

PUBLICIANA] Cujus causa est dominium praesumtum, seu fictum. Struv. Ex. 11. th. 40. Quamvis Hubertus *ad tit. Inst. de act. th. 5. in fin. p. m. 974.* eam proprie plane non ad actiones in rem, sed actiones in rem scriptas spectare arbitretur.

ET VERO DOMINO] Cui aliter quaesita non competit *l. 1. §. 1. de Publ. in rem act. l. 18. de pign.* Schütz. *comp. Jur. de Publ. in rem act. p. 95. in 8.*

QUIDSI A DIVERSIS NON DOMINIS] Quoad explicationem *l. 9. §. 4. de Publ. in rem* [illegible], junge Struv. [illegible], *11. th. 45. & 46.* Caeterum mutavit hoc loco sententiam priorem Auctor. Ita enim in editione antiquiore: *Quid si a diversis non-dominis emerint? Si res amissa a priore pervenit ad alterum emtorem, possessor tuendus est. Quid si non amissa res a priore, sed is tamen contendatur a posteriore actione Publiciana a suo venditore sibi cessa? Et hic possessor tuendus l. 31. §. ult. de A. E. Et hic mea sententia est Casus Neratii in d. l. 31. adeoque nulla dissensio inter hunc & Ulpianum.*

AN MARCELLUS EX AEQUITATE] Ita Struv. Ex. 11. th. 41.

DE AEQUITATE LOQUITUR PAULUS] Ita respondet Gothofredus ad d. l. 7.

l. 7. §. 2. h. t. & ad d. l. 2. §. 16. Paulum loqui de æquitate, Marcellum de jure stricto.

MARCELLUS CONCEDIT] Conf. Gottofr. *ad d. l. 7. §. 2.* cum qua responsione fere coincidit & alia Gottofredi *ibid.* quod competat Publiciana, si vendiderit furiosus rem alienam, non competat, si vendiderit propriam.

RESCISSORIA] Cujus causa iterum erit dominium fictum, quia hic fingitur rem per usucapionem ad alterum non transiisse, sed in prioris dominio mansisse. Huberus *ad Inst. de action. th. 7. p. 335. b.* hanc actionem ad personales in rem scriptas refert.

AB ABSENTE REIP. CAUSA] Imo ex quacunque causa absente, nam hoc casu absentia reip. causa saltem exempli loco recensetur a Triboniano §. 5. *Inst. de Act.* vide *l. 21. §. 1. ex quibus caus. majores.* Huberum *ad Inst. de Action. §. 6. in fine.* Ceterum hodie post *l. 2. C. de ann. except.* hanc actionem esse sublatam putat Bachovius eoque inclinat Huberus *d. l.* quos refutat Schütz. *in comp. ex quib. caus. maj. p. 67.*

SED ET ABSENTI] Non tamen omni. vid. Huber. & Schütz *dd. ll.* adde infra *dissert. 27. th. 22. seqq. ibique dicenda.*

REVOCATORIA] Hanc ex dominio ficto deducit Schütz *ad tit. quæ in fraud. cred. p. 460.* Ex pignore Prætorio Auctor hic. Conf. Struv. Ex. 44. th. 74. Nobis placet effatum Magnifici Dn. D. Hornii *diss. de jure in re cap. 5. §. 2.* *Actio Pauliana, quam ex pignore Prætorio descendere ait (Hahnius) neque ex pignore est, neque ex quocunque alio jure in re, sed extraordinaria, tam de realibus, quam de personalibus participans, ut puta, quod bene docuerunt Ultramontani, magis dativa, quam nativa, formata a Prætore, prout æquitas utilitasque suasit, ut ne nimis faveret creditoribus & possessoribus injuriam faceret, nec nimis etiam creditores gravari permitteret. Ab actionibus realibus habet hoc, quod detur etiam contra tertium possessorem, in quo obligatio nulla est l. 6. §. 11. ff. de his, quæ in fraud. credit. item quod dicatur petitio in §. 7. Inst. de action. A personalibus, quod cum in quantum fructuum præstationem comparetur l. 38. in pr. & §. 4. ff. de usur. it. quod dicatur actio in factum l. 10. l. 14. ff. de his quæ in fraud. cred. l. pen. C. eod. Minime autem D. Hahnius ex l. 5. C. de prat. pign. recte probare intendit actionem Paulianam esse ex pignore, nam ista lex non agit de actione Pauliana, sed utili hypothecaria, & multo antiquior est actio Pauliana, quam quod datum dici possit in lege fin. quæ Justiniani est.* Eadem fere habet Huberus *ad Inst. de action. th. 7. p. 335. b.* nisi quod hanc actionem personalibus, sed in rem scriptis accenseat, quod tamen veritati non consonum. *Quandoquidem in rem scriptarum actionum ista est natura, ut origine sua sint personales ex aliqua certa obligatione resultantes, sed a realibus participant istud, ut subinde contra tertium possessorem dentur. Non idem in nostra contingit, quamvis enim ea detur contra tertium possessorem, tum quando is ex titulo lucrativo habet, licet fraudis non sit particeps, tamen non datur contra illum, qui bona fide & pretio soluto nactus est,* verba sunt Excellent. Dn. A. B. Carpzov. *in disput. inaug. de reb. his quæ in fr. cred. cap. 6. §. ult.*

VEL

VEL CUM BONIS SE LABI SENTIRET] Recte. Nam actio Pauliana datur etiam de rebus ante missionem alienatis *l. 15. l. 17. in pr. de his quae in fr. cred. al.* etsi Donellus dissentiat male intelligens verba §. 6. *Inst. de act. bonis ejus creditoribus possessis* eaque ad vocem antecedentem: *tradiderit* referens, cum tamen spectent ad verbum sequens: *permittitur*. Breviter: his verbis non denotatur objectum actionis sive res, quae petatur, sed potius terminus a quo competit haec actio. Vid. Huber. *ad Inst. de act. th. 7. in fin. p. 335.* VVissenb. *ad Inst. disput. 45. th. 18.* Bachov. *ad Inst. §. 6. de action.* Struv. *Ex. 44. thes. 74.* Sand. *lib. 3. decis. 13. def. 1.* ubi meminit in Frisiorum Curia ita judicatum esse.

EX PIGNORE PRÆTORIO ACTIO] Actionem Paulianam ex pignore Praetorio non dari modo ostensum est. Hic aliorum opiniones notandae. Voët. *ad §. 6. Inst. de act. n. 1. p. m. 922. Rescissoriam earum, quae in fraudem creditorum facta sunt, duplicem esse putat. Unam in rem in specie dictam rescissoriam, quam explicet §. 6. juncto §. 8. h. t. quae competat ipsis creditoribus, bonis a creditoribus possessis, pignoribus praetoriis, quod ex ista bonorum possessione natum est, persequendi l. 14. ff. de his quae in fraud. cred. l. 35. ff. de O. & A. Alteram in personam esse appellatam Paulianam. Et licet in §. 6. hujus tit. videatur rescissoria cum Pauliana confundi, in quantum hanc etiam inter rescissorias reales ordinis ratione collocari velint; esse tamen illam in rem, Paulianam in personam. Hanc enim personam ex dolo originem habere & appellari in factum Praetoriam l. 14. ff. quae in fraud. cred.* Sed in §. 6. *Inst. de act.* omnino de Pauliana agi, non de ea, quae competat ex pignore Praetorio, probant VVissenb. *d. disput. th. 17.* Huber. *d. th. 7. p. 335.* Paulianam vero non ex dolo oriri ostendit Bachov. *ad §. 6. Inst. de act. p. m. 752.* Caeterum etsi jam constet de rescissoria ista ex pignore Praetorio orienda non tractari in §. 6. *Inst. de act.* quaeritur tamen, an praeter Paulianam detur adhuc alia actio rescissoria eorum, quae in fraudem Creditorum alienata sunt ex pignore Praetorio oriunda? *Lex 14. ff. quae in fraud.* a Voetio eum in finem adducta nihil probat, quia loquitur de actione in factum; adeoque de ipsa actione Pauliana, ut ipse Voetius in verbis mox sequentibus fatetur ipse. Lex altera Voetii, scilicet *l. 35. de O. & A.* etiam plane nihil probat. Pro ista tamen actione in reliquis a Voetio, ut vidimus, dissentiens pugnat Huber. *d. th. 17.* ita incipiens: *Tertia sequitur actio Praetoria in rem sic dicta; qua creditores, qui sunt missi in possessionem bonorum debitoris sui, repetunt ea, quae in fraudem suam a debitore sunt alienata, perinde ac si res adhuc in bonis debitoris mansisset. Sciendum autem, creditoribus duplicem* EX HAC CAUSA *actionem dari, unam ex pignore Praetorio, quae datur ad repetenda ea, quae post decretum factamque missionem sunt alienata l. 9. C. de bon. aut. jud. possid. l. ult. C. de Praet. pign. alteram quae competit etiam creditoribus post missionem ad revocanda ea, quae vel ante, vel post missionis decretum alienata fuerunt, eaque Pauliana dicitur &c.* Sed fallitur Huberus, quando putat actionem de qua agit *l. ult. C. de Praet. pign.* EX CAU-

CAUSA FRAUDULENTÆ ALIENATIONIS oriri, cum ibidem ne tenuissima quidem mentio aspergatur hujus alienationis fraudulentæ; sed e contrario dicatur hypothecariam actionem competere, si creditor Prætorium pignus amittat, notante VVissenbachio *d. th. 17.* Agit ergo *d. l. ult.* de actione hypothecaria, inter quam & actionem revocatoriam utique est differentia. *Conf. Brunnem. ad d. l. ult.* Et imo Huberus ipse *d. l.* concedit, ad alteram (scil. actionem *d. l. ult.*) quæ ex pignore Prætorio nascitur, nusquam animum fraudandi requiri. Ut taceam omnem actionem revocatoriam esse Prætoriam *d. §. 6. Inst. de Act. junct. §. 3. eod.* actio vero ex Pignore Prætorio est civilis *d. l. f. C. de pign. Prætor.*

HÆC ACTIO PAULIANA CREDITUR] Et ita vocatur *l. 38. §. 4. de usur.* ejusque naturam latius explicatam vide *in cit. disp. Inaug. Excell. Carpz.*

HYPOTHECARIA NASCITUR] Potius ex dominio juris pignoratitii. Magnif. Dn. Ordin. *d. disput. cap. 5. §. 1.*

QUOD VEL EX ULTIMA VOLUNTATE] Jus pignoratitium immediate semper oritur ex traditione, quod eleganter declarat Idem *d. c. 5. §. ult.*

HAC ANTE JUSTINIANUM) Ostendunt quidem allegatæ leges antiquis temporibus istam formulam *bona, quæ quis habet habiturusve esset,* maxime frequentatam fuisse, quibus junge *l. 6. de pignor. l. ult. qui potior l. 46. ff. de jure fisci*: quod vero ante Justiniani tempora hypotheca generalis bona futura non exprimens eadem non fuerit complexa, illud non evincunt. Neque *l. ult. C. quæ res pign.* mentionem facit, quod olim ea de re dubitatum fuerit.

UT ET FUTURA SUB EA VENIRENT] Modo non sint ejusmodi, quæ verosimiliter aliquis non esset obligaturus *l. 6. 7. 8. ff. de pign.* Similis quæstio fuit: An sub hypotheca generali bonorum omnium comprehendantur etiam nomina & actiones? quam affirmative definivit Serenissimus Elector Saxoniæ *in Ordin. Proc. tit. 46. §.* Inmassen aber *&c.* non obstante quod in generali oppignoratione ista expressa bonorum mobilium & immobilium mentio facta fuerit. Adde Martin. *ad d. §. Ordin. Proc. p. 548. seq.*

HYPOTHECA FISCI] Conf. Struv. *ex. 26. th. 14. 15.*

ET EX CAUSA CONTRACTUUM] Etiam ex causa pœnarum fiscalium *arg. l. 46. §. 3. ff. de jure fisci.* Brunneman. *ad l. un. C. pœn. fisc. Ordin. Proc. Saxon. tit. 42. §.* desgleichen obwohl *&c.* Dissentit Dn. Struv. *d. ex. 26. th. 15.* per *l. 37. de Jure Fisci l. un. C. pœn. fisc.* Verum dictæ textus iste tamen de privilegio prælationis loquuntur, non de hypotheca tacita. Posses tamen forte sententiam Struvii cum nostra conciliare, si diceres: Fiscum in bonis debitorum ex delicto hypothecam non habere, nisi reus quoque ad solvendam pœnam per sententiam condemnatus fuerit, tunc enim a die condemnationis incipere hypothecam tacitam fisci. *Conf. Ord. Proc. d. l. Verbis:* von der Zeit anzurechnen/ da einer in die Straffe verurtheilet worden. Carpz. *P. I. const. 28. def. 104.* Hoc itaque casu debetur fisco ex quasi contractu sc. ex re judicata, & adeo debitum quasi fuit novatum.

NIMIRUM EX TEMPORE] Videtur Auctor respicere ad *l. 6. ff. de jure fisci.* Ubi dicitur quod Fiscus, si in privati jus succedat, privati jure utatur, post successionem vero utatur privilegio suo. Hic textus itaque magis loquitur de privilegio prælationis, quam de hypotheca tacita, & de respectu fisci non ad bona eorum, quibus successit (uti vult Auctor, cujus verba adeo plane sunt obscura) sed ad bona eorum, qui debent iis, quibus fiscus successit.

IN BONIS ADMINISTRATORIS] Struv. *d. th. 15.*

PUPILLI ET MINORES] Struv. *d. th. 15.*

QUÆRITUR HIC] Pro negativa utitur Richterus *l. 41. ff. de adm. & peri. tut. l. 19. §. 1. de reb. aut. jud. possid. l. 67. §. 5. de R. N. l. ult. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.* quos textus respondet Guttierez *de tutel. P. 2. c. 16. n. 19.* quem novissime probat Brunnem. *ad l. 22. de reb. aut. jud. possid. n. 5.* distinguendo inter jus antelationis & tacitæ hypothecæ. Conf. Struv. *in resolut. ad exerc. 44. th. 45. n. 4.* Pro Carpzovii sententia etiam facit Mevius *P. 5. dec. 393.* vide, quæ quoad hanc quæstionem collegit Martini *ad Process. tit. 44. 2. inter aetern. 1. n. 17. seqq. p. m. 1465.*

IN BONIS PATRIS] Nec non in bonis vitrici in casu *l. 6. C. in quib. caus. pign. tac. contr.*

UXORIS] Struv. *d. ex. 26. th. 14. n. 5.*

MARITI] Struv. *ibid. n. 8.*

LOCATORIS] Struv. *th. 16. n. 2.*

IN INSULAM] Potius in ædificium *d. l. 2.* non in navem aliamve rem. Struv. *th. 14. n. 4. & in resolut. ibid. ubi respondet ad textus obstantes.*

QUÆ EXPRESSO PIGNORIS JURE] Imo & de fructibus in fundo conducto nascentibus, qui tacite intelliguntur pignori esse domino fundi *l. 7. in quib. caus. pign. arg. §. 7. Inst. de act. ibique Vinnius.*

PRÆTER LOCATOREM ÆDIUM] Forte dicere voluit Auctor: *præter locatorem PRÆDII RUSTICI*: Nam locator prædii rustici, ut modo explicuit, habet Servianam. Conf. Schütz. *in comp. ad tit. de pignor. p. m. 315.*

PROBARE TENETUR] Scil. si agatur contra tertium possessorem, non si contra ipsum debitorem. Struv. *ex. 26. th. 37.*

NUM PIGNUS UTILITER CONVALESCIT] Conf. Auctorem supra *dissert. 19. th. 11. & ibi notata.*

NON ALITER, QUAM EXCUSSO DEBITORE] Quæritur Dd. an hæc exceptio excussionis tam in speciali, quam generali hypotheca locum habeat. Affirmavit Struv. *ex. 26. th. 38.* Franzkius *l. 1. Resol. 111.* Schütz. *comp. de pignor. p. 314. in f.* ob generalitatem textus in *Nov. 4. cap. 2.* Sed verior est negativa, quam defendunt Carpzov. *P. 2. const. 18. def. 15. & lib. 2. Resp. 31.* Hahn. *ad Wesenb. de distrah. pign. N. 1.* per *Nov. 112. c. 1. vers. ab hoc,* ad quam quidem respondent dissentientes eam loqui in specie de alienatione hypothecæ specialis illa, quando inter debitorem & creditorem de ea lis fuit, *vid. Struv. in resolut. ad d. exerc. 26. th. 38.* ut

hunc

hanc responsionem non admittunt verba *d. Nov. 112. cap. 1. ab hac autem distinctione vocabulo hypothecae separari determinamus*, eamque latius stringit Hahn. *d. l.* Usum forensem quod concernit, pro affirmativa responderunt Jenenses 1653. teste Struv. *d. l.* & 1658. teste Habnio *d. l.* Pro negativa Lipsienses & Suprem. Appellat. Judic. *Carpzov. d. d. 8.* Francofurtenses Item & Helmstadienses, referente Habnio *d. l.* Denique convenire etiam dictam negativam Juri Saxonico docet Carpzov. *d. resp. 71.* ubi ad objectionem ex ordin. *Proc. de anno 1622. tit. 44.* §. und das hat auch statt respondet.

IV. *Transimus cum Imperatore ad actiones praetorias personales.* Actiones in personam, praetoriae descendunt vel ex nostro contractu, delictove, *vel ex alieno.* Inde est, Actio de constituta pecunia, *quae & constitutoria. l. nec enim. 20. de const. pec. & de constituto. l. 5. §. 1. l. Titius. 24. h. t. l. si ita 59. de solut.* qua convenitur, qui debitum vel suum, vel alienum, *quale illud est Apostoli ad Philomenem vers. 18. (notante Wissenbachio) pro Onesimo.* *In constituto enim, quod pactum praetorium est, arg. l. 1. ff. h. t. juncta l. 6. de pact. requiritur debitum aliquod praecedens. d. l. 1. §. 5. l. 11. pr. ff. h. t. ex quacunque causa, jureve, etiam naturali, l. 1. §. pen. & ult. l. 2. l. 3. ff. de constit. pec.* *Nisi solo jure civili debeatur, adeoque ita, ut exceptio obstet. l. 3. §. 1. vers. h.* *Quia non habet naturalem aequitatem, cui innititur* citra stipulationem, *§. 9. Instit. novationemque l. 28. h. t.* solvere promittit, *l. 1. C. de constit. pecun.* *Et quidem in diem certum, l. 17. & 18. h. t. ut ex natura negotii in decimum diem collata videatur. l. 21. §. 1. h. t. qui etiam omissus, propterea subintelligitur l. promissor Stichi. 21. §. 5. vers. eod.* *Datur haec actio directa ei, cui constitutum, vel domino. l. si vero. 8. l. 5. §. ult. h. aut patri in cujus potestate est. l. 7. h.* *Item iis, qui pro dominis habentur, ut ei, cui quis bona fide servit. d. l. 6. h. siquidem per actorem non fiat. l. si duo. 16. §. 3. h.* *Quod singulare est in hac actione, & secus in caeteris obligationibus puris. l. illud. 17. de per. & com. rei vend.* *Utilis datur his, pro quibus alii constituere e Pupillo ex tutoris, Minori, ex curatoris, Municipibus ex actoris vel syndici. l. 5. §. pen. h. Fideicommissario, ex heredis conventione. l. si post. 22. vers. h. t.* Fuit & olim actio receptitia, *§. 8. Inst. h. Vide Theoph.* Actio in factum ex jurejurando est, qua quis rem, quam sibi deberi, vel suam esse, ad delationem alterius, extra judicium, *competit enim haec actio, non nisi ex juramento voluntario.* *Nam ex judiciali & necessario, cum utrumque*

Actio de constituta pecunia.

In constituto requiritur debitum aliquod praecedens.

Actio ex jurejurando.

Hæc non compelli, nisi ex juramento voluntario: Et quare?

adhuc sententia sequatur judicis, l. 74. ff. de judic. l. 34. §. ult. ff. de jurej. judicati actio potius descendit, l. 6. §. fin. ff. de re jud. l. 8. C. de reb. cred. juravit, sibi adjudicari petit. *Quia hic non quæritur, an debeatur: sed an juratum sit. §. 11. Instit. h. t. l. 5. §. 2. ff. de jurejur. Unde quod jurejur. semel decisum, prætextu perjurii, non rescinditur l. 31. de jurejur. l. 1. C. de reb. cred. sed quid sentiendum de distinctione illa, utrum formiter, an informiter juratum sit. Formiter, si, nullo contractu certo præcedente, juratum sit deberi. Molin. in Cod. tit. de reb. cred. n. 10. Distinctio hæc fundamentum habere videtur, ita, ut si juratur, nullo contractu præcedente, tunc nascatur hæc actio in factum: Si vero debitum ex certo contractu esse juratur, Vetus actio perjujur. non tollitur: sed actori qui juravit, utraque tam veteri, quam nova ex juramento actione experiri licet, l. 9. §. 2. l. 13. §. 4. & 5. l. 30. pr. ff. de jurejur. Confer Vacium ad l. 8. C. de reb. cred. n. 12.*

Probatur distinctio inter juramentum formiter & informiter præstitum.

Actio ex jurejurando est adjectitia qualitas.

Est enim non nisi adjectitia qualitas, oneri probandi relevans actorem, l. 6. §. 1. l. 30. pr. ff. de jurej. Ideoque, sive actio pristina in rem sit, sive in personam, * *tamen hæc nostra semper in personam esse videtur, & instar actionis judicati. Veniunt in eam omnia, quæ in pristinam. l. nam postea quam 9. §. si damnetur. l. sed si possessori. 11. de jurej. Nisi ea causa sit, quæ infitiando crescit in duplum. Nam tunc ex Jurejur. condemnatio nihilominus fiet in simplum. l. sive qui 30. pr. h. t. Vide infra diss. 25. aph. 27.*

AD THES. IV.

INDE EST] Scilicet ex nostro contractu *Conf. thes. 1. seqq.* Sumit autem h. l. vocem contractus Auctor late, ut etiam sub se includat pactum, quia opponit delicto, adeoque cum illis non facit, qui causam efficientem constituti faciunt contractum stricte dictum pacto legitimo oppositum, quos refutat Excell. Dn. Svendend. *ad Fichalt. de constit. pec. §. 1. p. 387.* Nam causa actionis hujus est omnino pactum legitimum. Struv. *ex. 18. th. 71.* ad quod etiam refert Auctor verbis mox sequentibus.

NISI SOLO JURE CIVILI DEBEATUR] Videque dixi *ad Aphor. 12. th. 3.*

IN DIEM CERTUM] Hoc non est necessarium, nam potest etiam constitui sub conditione *l. 4. l. 19. §. 2. h. t.*

EX NATURA NEGOTII] Scilicet si pure constitutum fuerit.

PRO QUIBUS ALII CONSTITUERE] i. e. pro quibus alii sibi constitui curarunt, ut quando tutori nomine pupilli fuit constitutum *&c. d. l. 5. pen. & d. l. 22. bis.*

RECEPTITIA] Quæ in actionem constitutæ pecuniæ transfusa est *d. §. 8. de actionibus.* Conf. Huber. *ad Inst. de action. th. 10. p. m. 377.*

IN

IN FACTUM EX JUREJURANDO]. Oritur hæc actio ex juramenti voluntarii præstatione, delatione & remissione, quæ conventionem continent auctoritate Prætoris confirmatam. Unde in hac actione tantum quæritur an juratum sit, eaque semper est personalis, licet de reali actione prior controversia fuerit. Nam hæc actio nova est specie & realiter a priore distincta per textus a Schütz. *in comp. ad tit. de Jurejur. p. 140.* allegatos. Dissentit Dn. Struv. *ex. 17. th. 50.* non esse novam hanc & ab aliis distinctam actionum speciem, asserens ; [redacted] agi hic actione in factum ex veteri causa, adjecta mentione præstiti, aut remissi jurisjurandi, ad cujus textus, ut *l. 25. §. 1. de consti. pecun.* & alios, responderi potest, ex illis saltem inferri, quod jusjurandum priorem actionem non tollat, sed in actoris arbitrio relinquat, an hac, an illa uti velit Conf. Schütz. *d. l.* Nec obstat, quod urgeat Dn. Struv. *d. l.* quod ex jurejurando, ex jure civili nulla detur actio, ubi se ad *disse exercit. th. 21.* refert, in qua docuerat promissorium juramentum jure civili non producere obligationem aliam, quam eam, quam promissio nuda, quæ in ipso juramento inclusa est, alias importaret, adeoque perinde ut ex nudo pacto nullam ex eo competere actionem. Nam respondemus conventionem istam de juramento hoc præstando non esse nudam, sed eidem assisti a Prætore, adeoque non minus quam aliud pactum legitimum actionem producere. Prætor quippe hoc jusjurandum ab aliis juramentis promissoriis sine dubio ob favorem litium dirimendarum excepit. Conf. Huber. *ad tit. de action. th. 11. p. 558. seqq.* ubi etiam a nobis dissentit. Sed poterit ejus argumentis ex dictis facile satisfieri, præprimis cum potissimum contra eos disputet, qui putarunt per jusjurandum hoc priorem actionem renovari & plane tolli, quod nos non diximus. Et nobiscum sentit Auctor in verbis proxime sequentibus.

EST ENIM NONNISI ADJECTITIA QUALITAS] Quamvis per hæc verba videatur iterum in dissentientium castra transire, ut adeo ea mallem omitti, cum neque antecedentibus, neque consequentibus cohæreant. Si enim actio ex jurejurando est nonnisi adjectitia qualitas, quomodo potest esse nova actio a veteri distincta ?, quod præcesserat; & quomodo potest semper esse actio personalis, etiamsi pristina fuerit realis, quod subsequitur.

V. Ex delicto nostro fluit actio de Albo *quod Gloss. bas.* λέγεται λεύκωμα, διὰ τὸ γεγράφθαι λευκοῖς γράμμασι. ἐπὶ γὰρ κονιάματος τὰ διατάγματα, καὶ τὰς προγραφὰς ἐξετίθεσαν. *Sic & Theoph. Inst. de act. Sed notat ibi Dn. Fabrot. tabb. fuisse dealbatas, atris literis conscriptas easdem* Λευκὰς *appellat Hesychius. Justinianus Nov. 70. & 101.* λευκώματα. Prætoris ; *perpetuæ jurisdictionis causa propositæ* corrupto, *datur contra eum, qui vel ipse, vel per alium dolo malo corrupit, §. 12. Instit. h. t. aut sustulerit, quin-*

Actio de albo corrupto.

Album fec. Fabrot. quid ?

Gg gg 3 gen-

gentorum, l. 7. ff. de Jurisd. vel ut Florentinus codex, 5. aureorum Judicio * *actori, non fisco applicandorum, arg. l. ult. ff. de litig. l. 3. ff. de sep. viol. arg. l. 12. ff. de V. S. Quod si plures corruperint, datur in singulos in solidum, l. 7. ff. 1. Etiamsi familia corruperit, l. 9. ff. eod. Servorum autem, si non defendantur, & inopia laborantium corpus torquendum est. l. 7. h.* Actio de in jus vocando, danda contra eum qui patrem vel patronum, *non vero Praeceptorem, quia id nullibi dictum, neque si Vasallus dominum feudi; aliis vero sine venia vocatis, qui recensentur, l. 2. ff. de in Jus voc. extraordinaria pœna locum habere videtur, arg. l. 1. §. 1. de effract.* sine venia in Jus vocarit, ad pœnam 50. aureorum, *d. §. 12. & l. pen. ff. de in Jus voc. A qua non excusat rusticitas, nec rescripto Principis remitti potest, l. 2. C. de in Jus voc.* Ne in jus vocati vi eximantur, actio datur contra eum, qui in jus vocatum vi exemit, vel fraude fecit, ut eximeretur, *d. §. 12. Inst. h. t. ut actori teneatur non tantum in id, quod in veritate est, seu quanti revera id erat, super quo in Judicium vocabatur: Sed quanti ea res revera fuisset, si actor per calumniam eum non vocasset. l. 4. §. 1. l. 5. §. 1. & passim. h. t.* Actio per quem factum erit quo minus quis in judicio sistat, *differt ab illa quod priori coërcetur, qui vi fecit, quo minus is, qui vocatus erat, sequeretur, vel in Judicio produceretur; In hoc autem qui dolo fecit: Ex hoc agit reus, cujus interest pœnam esse commissam, atque etiam actor, si eo facto actionem suam amiserit: Ex illo solus actor. Hoc persequitur actor, quod interest, illo meram pœnam. In hoc solutio unius, liberat etiam alium; In illo singuli de pluribus tenentur in solidum, Cujac. in parat. h. t.* Et plures alii, *§. 12. Inst. h. t.*

AD THES. V.

PERPETUÆ JURISDICTIONIS CAUSA PROPOSITO] Illis moderna non solum in eos, qui ea, quæ perpetuæ jurisdictionis causa proponuntur, violant, sed & illos, qui ea, quæ non perpetuæ jurisdictionis causa proposita sunt, lædunt, uti sunt citationes & subhastationes Edictales, pœna arbitraria statui solet. *Vide quæ erudite collegit Dn. Schilter. exerc. 6. th. 24. 25. p. m. 32. 33. seq.* An & in eos, qui ea, quæ a privatis ex concessione tamen publica in loco publico affixa sunt, violant?

QUINGENTORUM ET QUINQUAGINTA] *Etsi melior lectio quingentos aureos præferat*, sunt verba Dn. Schilteri *d. p. 31. in praxi tamen mitior sententia minorem eligit summam. Nec immerito quum neque nostrorum Magistratuum æqualis Majestas consideratur, quæ fuit Prætoris Romani.*

ACTIO

Digitized by Google

ACTIO DE IN JUS VOCANDO] Ad intellectum hujus actionis vide, qua optime differit Dn. Schilt. *ex. 7. th. 4.* cui adde Feltmann. *ad l. 1. de in jus vocando f. 312.* ubi contra Bachovium late defendit, quod antiqua in jus vocatio obtorto collo facta fuerit. De usu moderno, & an adhuc dum hodie veniæ impetratione opus sit? videntur pro negativa distincte *idem* Dn. Schilter. *d. l. th. 5. 6. & 7.* Conf. Struv. *ex. 5. th. 4.* Schilt. *in comp. de in jus vocando p. 15.*

NON VERO PRÆCEPTOREM, QUIA ID NULLIBI DICTUM.] Etsi Præceptor nullibi quoad nomen exprimatur, exprimitur tamen in regula generali *l. 13. ff. h. t.* & in ratione *l. 1. C. eod.* verbis: *cum naturali ratione honor hujusmodi personis debeatur.* Quo argumento cum utatur Imperator in *l. 1. C. eod.* idque ad patroni uxorem applicet, cur non eodem uti liceret in controversia de Præceptore. Nec obstat quod B. Eckoltus *h. t. §. 7.* urget in *d. l. 13.* intelligendam esse non quamlibet & communem reverentiam v. g. senibus exhibendam; sed talem, quæ ratione naturali ex causa conjunctionis, necessitudinis & beneficii accepti inter vocantem & vocatum intercedit. Nam facile responderi potest Præceptori a discipulo deberi non communem, sed maxime singularem ex beneficio Informationis ortam reverentiam, quorsum spectat vulgatum dictum Alexandri de Philippo Macedone & Aristotele.

NEQUE SI VASALLUS DOMINUM FEUDI] Consentit iterum cum auctore B. Eckolt *d. l. §. 8.* sed tamen & hic videtur obstare causa beneficii singularis, quod vasallus a Domino accepit, & reverentia singularis Domino a Vasallo debita, vid. Struv. *syntagm. Jur. Feud. cap. 11. aph. 3. n. 2.* Et ergo hodie inde concludunt Doctores, quod vasallus actione famosa abstinere debeat. Vid. Brunnem. *repetit. parat. Wesenb. h. t. qu. 4.* Struv. *d. l.* Wesenb. *hic n. 6.* & omnino Hahn. *ibid. f. 151. a.* Adde textum *II. Feud. 22.* & Dn. Schilter. *d. exerc. 7. th. 5. & 6.*

ALIIS VERO SINE VENIA VOCATIS] Personæ quæ *l. 2.* recensentur omnino non & adeo ne quidem cum venia in jus vocari poterant Eckolt. *d. l. §. 4. & 5.* Struv. *d. ex. 5. th. 5.* Franck. *h. t. n. 21.* Quid usus moderno circa has personas obtineat, vide apud Dn. Schilt. *d. ex. 5. th. 8.*

A QUA NON EXCUSAT RUSTICITAS] Excusat tamen rusticitas a pœna albi corrupti *l. 7. §. 4. de jurisdictione.* Cur ita diversimode? Respondeo, quia hoc loco reverentia naturalis omnibus hominibus, etiam rusticis insita, ipsis suadet, ne sine venia eas personas in jus vocent, quibus singulari beneficio obstricti sunt. Nec obstat, quod & in actione albi corrupti ipsa ratio naturalis dictitet reverentiam & honorem magistratui deberi, adeoque nec ibi rusticitas excusare debeat. Nam respondeo, posse etiam ex rusticitate tale quid fieri citra contemtum magistratus. *Vid. Eckolt. in regul. p. m. 418.* Breviter a omnis citatio privata auctoritate suscepta, fit ex contemtu & læsione reverentiæ earum personarum, quibus debetur, at non omnis corruptio albi fit ex contemtu.

NE IN JUS VOCATI VI EXIMANTUR] Quæritur quoad usum modernum hujus actionis Dn. Schilterus *ex. 7. th. 13.* ad Oldendorpium. *Cl.*

a. 4ff.

p. act. 5. provocet, & Oldendorpius *p. m. 40. & seqq.* tam actori formulam libelli, quam reo exceptiones praescribat; placet tamen *sententia* Magnif. Dn. Stryckii *in usu moderno MSC. ad ff. lib. 7. titul. 10.* ita disserentis: *Cum praecipue tam ex hoc titulo, quam ex titulo 7. hujus libri hoc fine prodita sit actio, ut si, dum detinetur alter, praescriptio impleta fuisset, regressus contra impedientem detur ad id, quanti interfit actionem non esse praescriptam, vel eum tempore non esse liberatum l. 3. §. 1. de eo, per quem factum erit; Hodie vero post citationem actio amplius perire non possit, cum facta citatione omnis praescriptio interrumpatur per l. 2. C. de ann. except. non adeo magnum interesse ex tali impedimento videtur. Ad interesse tamen retardati processus contra impedientem adhuc agi posset ex hoc titulo de eo per quem &c. quamvis & poena adhibita juxta tit. 7. ne quis eum &c. hoc extra ordinem puniri possit.* Scilicet ob turbatam jurisdictionem per violentam exemptionem *l. 2. pr. ff. ad l. Jul. de vi.* Carpzov. *qu. crim. qu. 40.* Dn. Schilter. *d. ex. 7. th. 13.*

SED QVANTI EA RES REVERA FVISSET] Ingenue fateor me non intelligere, quid his verbis Auctor velit, aut quomodo ea praecedentibus debeant esse opposita. Ideoque sic legendum esse puto: *ut actori teneatur non tantum in id, quod in veritate est, seu quanti ea res revera fuisset, si actor per calumniam eum non vocasset, sed quanti revera id erat super quo in judicium vocabatur.* Conf. Struv. *ex. 5. th. 17.* Caeterum an juramento in litem hic sit locus? quaeritur. Negat Bachovius *in not. ad p. 481.* quem refutat Hahn. *ad VVesenb. h. t. n. 3.* cui adhaeret Eckolt *h. t. §. 3.* Sed verior tamen nihilominus videtur sententia Bachovii, & Hahnii rationibus respondet Struv. *in resolut. ad d. ex. 5. th. 17.*

ACTIO PER QVEM FACTVM] De usu moderno hujus actionis praeoccupavimus dicere in nota ad actionem praecedentem.

VEL IN JVDICIO] Male: potius legendum *in JVRE arg. rubr. ne quis eum qui in jus vocatus fuerit &c.*

QVI DOLO FECIT] Et quo minus in Judicio compareret, Eck. *h. t. § 4.*

Actio quod jussu. Unde sic dicta?

VI. Ex alieno contractu, *mea voluntate celebrato eaque expressa* [a] datur actio quod jussu, *l. fin. C. quod cum eo. l. fin. ff. quod juss.* ab *initialibus edicti verbis, subaudi, patris vel domini, factum esse dicatur,* adversus patrem vel dominum ex contractu filiifam. vel servi, suo *patris vel domini* jussu, in solidum, *l. 1. h. t. §. 1. Inst. quod cum eo,* celebrato, qua jussum est, *l. 3. ff. eod. Vel tacita apparente partim ex praepositione.*

Exercitoria.

Exercitoria, data in exercitorem ex contractu magistri, *l. 1. pr. & §. pen. ff. de exerc. act.* ob id, quod navi est praepositus, inito, *d. l. 1. §. non autem.*

Institoria.

Institoria, datur in dominum negocii, ex contractu institoris ab ipso praepositi negotio, *l. 1. l. 5. §. non tamen. l. pen. §. fin. ff. de instit. act. Differunt hae duae, quod exercitor navis tenetur, non tantum ex contractu magistri: sed ex contra-*

tractu etiam submagistri, etsi dominus præponi eum ignoraverit, imo prohibuerit. Quod in institore non admittitur, l. 1. §. magistrum. ff. de exercit. act. Tum, quod filiof. navem exercente pater teneatur in solidum: Secus in filiof. institore, ex cujus contractu pater cum cæteris creditoribus venit in tributum, l. 1. §. si qui navim & §. quanquam. ff. de exercit. act. l. 3. §. filiusf. ff. naut. caup. stabul. partim ex permissa administratione pecuniæ. Tributoria datur ex contractu servi vel filiif. adversus dominum vel patrem de merce peculiari, in qua illi scientibus his negociati sunt, *ut divisa merce peculiari cuique facta, quatenus scil. solutioni debitorum non sufficit, ad æqualitatem reducatur, cuique creditorum aliquid pro rata debiti solvendo, l. 3. §. pen. & ult. l. quia non. 8. ff. de trib. act. l. 3. tr. quand. ex fact. tut.* Et de peculio. *Est autem peculium pecunia, id est, universitas quædam rerum, l. rei. 5. & l. pecuniæ. 222. de V. S. hominum alieni juris, paterfamilias enim peculium non habet, sed patrimonium. l. paterfam. 182. de V. S. a patrimonio paterno separata. Et est vel Profectitium, quod proficiscitur ex re patris. l. profectitia. 5. pr. ff. de jure dot. l. cum oportet. 6. ibi: ex ejus substantia, C. de bon. quæ lib. §. 1. Inst. per quas person. nob. adq. contemplatione familiæ paternæ. Quæ enim a patre ad filium proficiscuntur occasione militiæ utriusque, peculium profectitium non constituunt. l. 4. pr. l. castrense. 11. tr. de castr. pecul. l. 2. C. de castr. pecul. mil. Meminit hujus Plautus Mercatore: Pater dedit æstimatas merces, ita peculium conficio grande. Adventitium est, quod filius jure proprietatis habet undecunque adquisitum a rebus paternis separatum. Origo ejus non a Constantino Imp. sed altius repetenda videtur, & primum admissa distinctio hæc in dote Ulp. frag. tit. 7. Postea cum Hadrianus constitueret, ut si pater institutus ab aliquo, & gravatus hereditatem filio restituere, si compertus sit bona dissipare, a filio compelli posset ad restitutionem. l. Imperator. 50. tr. ad SCt. Trebell. Unde postea JCti velut ex jure recepto ita intrepide respondebant. l. cogi. 16. §. si pater filium. tr. ad SCt. Trebell. Et Antoninus Pius hereditatem furiosi filio concedebat, non obstante paterna potestate. l. cum heres. 52. tr. de adq. her. Quibus gradibus jam cœperat peculium adventitium quasi formari, cum profectitium censeri non posset, quod patre invito & coacto haberet filius, l. 5. §. si quis certam. tr. de Jure dot. Inde*

Tributoria.

Peculium quid?

Profectitium.

Adventitium.

Digitized by Google

Constantinus filiis bonorum maternorum proprietatem concessit. l. 1. & 2. C. Th. & Justin. de bon. mater. Galvan. de usufr. c. 7. Castrense *est, quod filius adquisivit occasione militia. l. Castrense. 11. de Castrens pec. l. 1. C. eod. & ejus est plena proprietate; Juvenalis sat. 16.*

Castrense.

Quæ sunt parta labore
Militiæ, placuit non esse in corpore census
Omne tenet cujus regimen pater.

Ejus auctor Augustus videtur, a quo etiam filiis concessa fuit facul tas de illo testandi. p. 2. Inst. Quib. non est permiss. fac. test. Quas castrense, quod occasione muneris alicujus publici ad filium defertur l. si quis. 49. §. ult. C. de Episc. & Cl. l. ult. C. de inoff. test. Cæte rum actio de peculio, non alio competit, quam profectitio. Ex ca strensi enim filius tenetur in solidum, l. 2. ad SCt. Mac. Ex adventi tio convenitur pater, ut legitimus administrator. l. 6. C. de bon. qu lib. qua paterf. vel dominus tenetur ex contractu seu negocio ge sto a filiof. vel servo in merce peculiari ipsis tam ignorantibu quam scientibus, atque itidem extra illam, sed scientibus ipsis i quantum peculii vires ferunt, *§. actiones. & §. præterea. Inst. de ac Deducto prius eo, quod sibi debetur, l. 9. §. 2. & seq. l. 29. §. ult. ff. pecul. porro & sine voluntate mea sed ad utilitatem tamen meam cele brato contractu* est & actio, de in rem verso, quæ datur ex contract filiif. vel servi in patrem, vel dominum de eo, quod ex contrac illo in patrimonium ejus versum est, *l. 1. ff. quod cum eo.*

AD THES. VI.

EX ALIENO CONTRACTU] Non est hæc nova species actionum pers onalium, neque putandum est, quod actiones personales oriantur vel contractu proprio, vel ex contractu alterius, sed sunt saltem qualitates a ventitiæ actionum ordinariarum OCCASIONE quadam contractuu alienorum in patrem & dominum concessatum, sed ex conventione pr pria, seu vera, si expresse consenserint, ut in actione quod jussu, seu pr sumta, ut in reliquis actionibus hujus paragraphi. Nemo enim nec co tractu suo, nec delicto alterum invitum obligare potest.

ACTIO QUOD JUSSU] Conf. Schüt. *in compend. jur. tit. quod jussu 203. seq.*

EXERCITORIA] Causa hujus actionis non est ipse contractus magistri, nec ipsa electio & præpositio, ut vult Dn. Struv. *exerc. 20. th. 2* per ea, quæ *xi in philosophia Juris §. 171.* sed consensus a Prætore ex æquitate præsu tus, adeoque oritur ex quasi-contractu per dicta *ibidem §. 175. 176.* Plura hac actione vide apud Struv. *ex. 20. th. 4. 15.* Schüt. *in comp. hic p. 18*

INSTITORIA] Quæ de fundamento exercitoriæ dixi, eadem & ad Institoriam applicari debent, dissentiente Dn. Struv. *d. ex. 20. th. 30.* quam a *th. 30. usque ad 39.* una cum Schützio *hic p. 188. seq.* de reliqua hujus actionis natura consule.

VENIT IN TRIBVTVM] Adde Hüb. *ad lost. quod cum eo, qui in al. pot. est. th. 5. in fine p. 365.*

TRIBVTORIA] Hujus causa non est contractus filii, vel servi, ut vult Schütz *in comp. h. t. p. 192.* sed dolus patris, vel domini, adeoque oritur ex maleficio proprio. vid. VVissenb. & Bachov. alleg. ab Eckolto *ad h. t. §. 2. in fine.* Hodie cum filii negotiantes quoad illam negotiationem pro emancipatis habeantur, servitus vero pene sublata sit, actionis hujus fere nullus amplius erit usus, notante Hahn. *ad VVesenb. h. t.* Interim tamen quomodo decisionem casus specialis, qui est *in l. 5. §. 15. & 16. hoc* hodie Dd. ad liberum hominem diversas negotiationes, vel eandem in diversis tabernis & locis exercentem applicent vide apud Struv. *ex. 20. th. 46.*

VEL PROFECTITIVM] De quo vide Struv. *ex. 20. th. 62. 63. 64.* Schütz. *in comp. de pecul. p. 202. 203.*

OCCASIONE MILITIÆ VTRIVSQVE] Et multo magis si a personis extraneis intuitu militiæ utriusque donentur liberis. Unde concludimus contra Schütz. *d. l. p. 203.* munera patrinorum das Pathen-Geld nequaquam ad peculium profectitium, sed potius ad quasi castrense esse referenda. Vide Radov. *in disput. de pecunia lustrica c. 4. 5. 6. 7. 8. 9.* ubi ad rationes Schützii respondet, & simul dictam assertionem ampliat, ut procedat, etiamsi loco pecuniæ lustricæ a Creditore patris chirographum patris donetur infanti. Conf. Carpz. *p. II. c. 29. d. 18. & lib. 2. Jurisprud. Consist. def. 278.*

ADVENTITIVM EST] Non omittenda distinctio inter peculium adventitium regulare & irregulare, quam late exponit Schütz *in compend. de peculio p. 200. seq.*

CASTRENSE, QVASI CASTRENSE] De his vide iterum Schütz. *d. l. p. 198. 199.* Quasi castrense acquiritur ratione militiæ togatæ, quæ vel est civilis, Advocatorum, Assessorum &c. vel Spiritualis, Sacerdotum, Cantorum, & Lectorum, & infantum baptizatorum Radov. *d. l. §. 9.*

QVA PATERFAMILIAS, VEL DOMINVS] Actio de peculio, quatenus in patrem datur, oritur ex ejus quasi-contractu, per ea, quæ modo de actione exercitoria diximus. Hodie hæc actio plus subtilitatis, quam utilitatis habet, nisi quod Dd. eandem ad monachos certum peculium ab Abbate concessum habentes applicent per tradita Auctorum a Schützio *p. 204.* citatorum.

DE IN REM VERSO] Et hujus actionis fundamentum est quasi contractus patris, vel domini, quamvis communiter contractus filiifamilias vel servi pro causa hujus actionis vindicetur vide Struv. *ex. 20. th. 73.* Schütz *in comp. p. 207.*

VII. Ex Delicto alieno servi est actio noxalis, quo commisso dat Actio noxalis.

Prætor actionem noxalem ad servum noxæ dedendum, aut æstimationem litis præstandam, *pr. h. t. & t. t. ff. eod. Domino aut ignorante delictum, aut cum sciret, prohibere non valente, §. 4. Instit. de noxal. act.* Et prendit actio de pauperie danda adversus eum, cujus quadrupes proprio motu & contra naturam sui generis. *Si enim secundum naturam suam damnum dedit, puta, pascendo, ultro ingressum, actio de pastu: Sin ab alio impulsum, actio L. Aquiliæ cum qua tamen actio de pastu concurrit, locum habet, l. ult. C. ad L. Aquil. l. 14. §. ult. de præscr. verb.* damnum dedit, ut vel quadrupedem noxæ dedat, vel noxæ æstimationem præstet. *pr. Instit. Si quadrup.*

Actio de pauperie.

Quæ differt ab actione de pastu.

AD THES. VII.

EX DELICTO ALIENO] Sed nec has actiones agnosco per dicta *ad thes. præced. init.* cum in actionibus hoc §. recensitis vel delictum alienum sit saltem causa sine qua non, ut in actione noxali, vel plane non adsit, ut in actione de pauperie & pastu.

ACTIO NOXALIS] Hæc actio, quamvis semper præsupponat delictum servi privatum, tamen illud delictum actionis noxalis causa vero non est, sed iterum quasi contractus, seu consensus domini ex æquitate a lege præsumtus. Fundatur autem hic æquitas in iisdem rationibus, in quibus actionem de pauperie fundari dicit *Struv. ex. 14. th. 5.* Hodie hujus nullus, aut certe exiguus est usus, vide *Struv. d. ex. 14. th. 47.* Schilt. *h. t. p. 115.*

ET PECUDIS] Pecudis, tanquam animalis irrationalis nullum est delictum. *Conf. dicta ad dissert. 1. th. 4.* neque damnum per ipsam datum damni injuria nomine venit, sed pauperiei. Non autem errabimus, credo, si dicamus causam actionis de pauperie etiam esse quasi contractum domini bestiæ pauperiem facientis, non ejus culpam *conf. Struv. d. ex. 14. th. 5.*

ACTIO DE PASTU] De qua vide B. Dn. Patrui mei, Dn. Joh. Thomæ *tract. de noxis animalium c. 6.*

ACTIO DE PASTU CONCURRIT] Imo hoc casu non concurrit, neque hoc in dd. legibus dicitur, sed solus impellens actione L. Aquiliæ conveniendus. Facit glossa *ad Landr. lib. 3. art. 47. verbis:* derselbe antwortet auch billich alleine dafür. Vide Richter. *decis. 5. n. 11.*

VIII. Actionibus in rem accensemus & præjudiciales, *§. 13. Instit. h. Quæ perpetuo sequuntur personam ipsam, quam intendimus servum vel libertum, vel filiumfam. esse vel non esse, tanquam rem actoris.* Facit, quod Ulpianus ait *l. 14. de probat. Quid interest, servum suum quis an libertum contendat? Jam si quis servum suum esse ageret adversus ejus possessorem, numquid in rem ageret? De filiofam. textus expressus in l. 1. §. 1. de R. V. Videntur autem præjudicia*

Actiones præjudiciales an actionibus in rem annumerandæ?

Digitized by Google

cla dicta, l. 1. ff. de R. V. l. 3. §. 1. l. 33. §. 1. de procurat. quod cum *aliis concurrentia semper primo loco expedienda sint. l. 4. C. de lib. caus. & tantisper omnes aliæ quæstiones silent. l. pen. pr. de Nox. act. l. ordinata. 24. de lib. caus.* Quæ vel civiles, ut actio de statu libertatis, qua vel dominus experitur contra servum, qui se liberum esse contendit, ut ex adverso servus, qui libertatem sibi asserit, contra eum, qui dominum se, ejus esse dicit, *d. §. 13. Inst. h. t. l. 21. ff. de lib. caus.* *Hodie utilem dari putant Principibus, Comitibus, & aliis adversus rusticos, colonos, adscriptitios, in quibus jus quoddam servitutis residet.* Vel prætoriæ, ut actio de jure patronatus, qua patronus vel contra libertum jus patronatus sibi adserit: vel libertus contra patronum id negat, *l. 14. ff. de probat. l. fi. & l. 1. ff. si ingen. esse dic.* [illegible] de partu agnoscendo, quæ datur patri contra filium se negantem, & vice versa, *l. 1. l. 5. ff. de lib. agn. l. 9. l. pen. ff. de obs. par. aut patron. præst.* *Quam utiliter & fratribus & cognatis dari notat Oldend. de act. 9.* Et * plures fortasse, *arg. l. 1. §. 1. ff. de R. V. l. 3. §. 1. ff. de agnosc. & al. lib.*

AD THES. VIII.

ET PRAEJUDICIALES) [illegible] dominium tam late accipias, ut etiam comprehendat Jura personarum, concedere possum Auctoris sententiam, sed cum dominium, quando dicitur actionis realis productivum pro specie juris rerum juri personarum contradistincti sumi soleat, vereor annon actiones præjudiciales, quæ utique ex jure personarum oriuntur, potius tertiam speciem ab actionibus realibus pariter ac personalibus constituere debeant; Nec obstat §. 13. *Inst. hic* qui saltem probat convenientiam majorem esse actionum præjudicialium cum realibus, quam personalibus quod non negamus. *Vide Struv. ex. 48. th. 67.* Schütz *in comp. de O. & A. p. 48. lit. M.* Plures cum Auctore a nobis dissentientes vide apud Eckolt. *de O. & A. th. 37.*

QUID INTEREST SERVUM SUUM]. Nec obstat dictis hoc argumentum Auctoris ab Ulpiano desumtum, etsi enim nihil intersit ratione effectus, seu oneris probandi, de quo ibi JCtus agit, inter servi & liberti petitionem, tamen exinde non sequitur: Ergo plane ratione fundamenti etiam nulla differentia est.

JUS QUODDAM SERVITUTIS] Non verum, sed jus servitutis analogum.

DE PARTU AGNOSCENDO QUÆ DATUR] Legendum esse existimo: *De partu agnoscendo ET quæ datur.* Nam actio de partu agnoscendo non datur patri contra filium se negantem (quamvis hæc fuisse mens Auctoris videatur, qui id ex Oldendorpio forte, quem mox allegat, hausit. Nam is hic *cl. 9. act. 9. p. m. 257.* actionem de partu agnoscendo in §. 13. Inst.

Inst. de act. de ea exponit, per quam disceptatur, utrum sit filius, an non sit.) Sed potius datur uxori adversus maritum, ut partum ex se tam constante matrimonio editum, *l. 3. §. 1. de agnosc. & al. lib.* quam post divortium natum agnoscat & alat. *Vid. Schütz. in comp. h. t. p. 356.* Ab hac diversa est actio præjudicialis de statu filiationis, quæ datur patri contra eum, qui se filium esse negat, ut ille declaretur filius, & vice versa. *Schütz. ibid. p. 357.* Usum practicum harum actionum exponit Dn. Schilter *ex. 36. th. 123 seq.* ubi eleganter casum de muliere septimo mense partum edente, in partu vero confitente, quod ab hero ante nuptias stuprata fuerit, & ob id a viro repudiata, recenset.

ET FRATRIBUS ET COGNATIS DARI] Si scil. lis sit de jure familiæ v. g. de jure successionis, aut alio. *Vide Oldendorp. d. act. 5. p. n. 335. Strub. ex. 3. th. 37. & g. jure insignium. Hoping. de Jure insign. cap. 14. n. 44. 45.*

PLURES FORTASSE] Hæc pluralitas ex *l. 1. §. 1. de R. V.* plane non probatur. In *d. l. 1. §. 1.* agitur quidem de actione præjudiciali sed ea, quam modo exposuimus, scil. de actione de statu filiationis. In *l. 3. §. 1. de agnosc. lib.* autem agitur, ut etiam adduximus, de actione de partu agnoscendo. Et omnino plures in jure species illis tribus, quæ *d. §. 13. Inst. de act.* recensentur, dari negat Huber. *de action. thes. 12.* (qui adeo nec actionem de statu filiationis pro præjudiciali agnoscere videtur) quibus tamen non obstantibus non male a quibusdam huc refertur actio præjudicialis inter maritum & uxorem *arg. l. 3. §. 4. de agnoscend. & alend. lib.* Schütz in comp. *de agnoscend. lib. p. 357. th. 55.* Adde omnino Struv. *ex. 19. th. 37.*

Condictiones sunt species actionum personalium. Condictiones proprie quid?

IX. Porro inter actiones personales, sunt & condictiones. *Est enim hoc nomine quandoque actiones personales in genere veniant; Tamen proprie ita appellantur illæ,* quibus dare facere oportere intenditur. *§. 15. Inst. de act.* Quales sunt condictiones certi ex mutuo, stipulatione, condictio causa dati, causa non secuta, ob turpem vel injustam causam indebiti, sine causa, furtiva, ex lege Triticaria, de eo quod certo loco. *De primis duabus egimus suo loco.*

Condictio causa dati.

Condictio causa dati, est qua repetitur datum factumve ob finem honestum, fine illo non secuto. *Hic finis, quæ causa dicitur, similiter datio vel factum est. Et debet alteri esse cognita l. si repetendi. 7. C. h. t. Quid si causa casu fortuito impedita secuta non sit? An condici potest? N. l. pen. C. h. t. & l. 5. §. 1. de præs. V. Cui obloqui*

Explic. l. ult. D. de condict. caus. dat & l. 15. §. 6. loc.

videtur l. ult. ff. h. t. l. ex conducto 15. §. item cum 6. ff. Loc. Distinguo; Aut datum est, ut contra detur, & casus, qui impediit causam sequi, eodem modo extitisset, si nihil inter nos actum fuisset, tum possum data repetere l. ult. ff. h. t. Idem est in dato, ut fiat si ejus qui casu impeditus factum implere, nihil interest, l. 5. pr. ff. h. t. Sin vero accipientis intersit, si forte jam ei hoc nomine quid abest, non datur con-

di-

Digitized by Google

dictio l. pen. C. h. t. Condictio ob turpem causam est, qua ob turpem finem datum repetitur. *Ubi non spectatur, an res seu causa secuta sit, sed utra ex parte turpitudo. Si solius dantis, veluti si meretrici datum, non repetitur. Nec si utrimque, veluti si pecunia data, ut male judicetur, vel stupri aut adulterii causa. l. 3. & 4. pr. & §. 1. si solius accipientis, repetitur. l. 2. pr. & §. 1. l. 4. §. quoties. h. t. Hæc condictio quandoque est incerti, ut cum liberatio condicitur. Pertinet huc & si quid non propter turpem causam, sed ex causa injusta datum est, ut si ex stipulatione vi extorta. l. 6. & 7.* De condictione indebiti vide supra *dissert. 16. aph. ult.* Condictio sine causa, qua repetitur quod sine causa apud alterum existit. *Quod contingit tribus modis: I. Si ab initio nulla sit causa. II. Si causa non sit secuta. III. Si causa sit finita.* De condictione furtiva actum supra. *Vide diss. 19. aph. 8.* Condictio ex lege nascitur ex obligatione per novam legem introducta. Condictio Triticaria *de cujus nomine varia Interpp. conjectura. Fuit, cum præ aliis Hotomanni placeret, Epit. h. t. Et ea quam Cujacius ex Græcis primus, ex Viglio autem profert Wissenbach, sic dictam a primis edicti verbis, quod ita forte conceptum: TRITICUM, VINUM, OLEUM &c.* Quæ datur ad rem arbitrio judicis pro ratione locorum ac temporum æstimandam. *l. pen. & ult. h. In quam qualibet res venit, sive certa, sive incerta, præter pecuniam numeratam. l. 1. pr. h.* Condictio de eo, quod certo loco dari oportuit est actio prætoria, qua res certo loco danda alibi petitur, habita ratione ejus, quod interest, loco convento præstitum fuisse. *Quare si alibi agitur, etiamsi certum in obligationem stricti iuris sit deductum, tamen incertum peti debet, data iudici facultate æstimandi, quanti actoris vel interfit, suo potius loco solvi. l. 2. pr. & l. un. C. ubi conv. qui cer. lo. promiss. §. plus autem Inst. de act. Hæc dicitur actio arbitraria, quia iudex æstimat, quanti actoris vel rei intersit, eo potius loco solvi, de quo iudicium motum est. l. 7. & l. un. C. h. t. Est autem hæc qualitas actionis stricti iuris, quam actionis species potius. l. 2. §. 1. l. 5. 6. 7.*

Condictio ob turpem causam.

Condictio sine causa.

Quibus modis sine causa apud alterum quid existit? Condictio ex lege.

Condictio de eo quod certo loco.

Est actio arbitraria & cur?

AD THES. IX.

HOC NOMINE QUANDOQUE] Homonymiam vocis condictionis exponit Struv. *ex. 16. th. 38. & ex. 12. 18. th. 2.*

CONDICTIO CAUSA DATI] Oritur ex quasi contractu per ea, quæ disserunt Struv. *ex. 18. th. 7.* Schutz. *in comp. h. t. p. 151.*

CA-

CASV FORTVITO] Controversiam hanc distincte exposuit Struv. *ex. 18. th. 9. 10. 11. 12. 13.*

CONDICTIO OB TVRPEM CAVSAM] Hanc ex quasi delicto esse statuit Struv. *ex. 18. th. 20.* Ex quasi contractu contra Schütz *in comp. p. 154.* cum Hahnio *hic n. 3.* & aliis. Ex quasi delicto ideo non potest esse, quia ad illud culpam non dolum requisivi *in philosoph. jur. §. 141.* Hic autem turpiter accipiens in dolo est. Nec obstat ratio Domini Struvii d. l. ita inferentis: *Quamvis enim non invito rem sibi contionem extorqueat, adeoque non proprie ex maleficio obligatus sit accipiens, tamen quia delinquit ob turpem causam accipiendo quasi ex maleficio obligatus intelligitur.* Nam respondemus non solum illum, qui invito rem eripit ex vero maleficio teneri? Ubi enim maneret damnum injuria datum, quod & tunc committitur, si alterius rem ab eo sane mihi commodatam dolo malo corrumpam? Porro nec ex quasi contractu videtur hæc actio esse, quia ad quasi contractum requisivi facta honesta *in philosoph. jur. §. 118.* Hic autem adest factum inhonestum scil. acceptio ob turpem causam. Sed respondeo: Accurate loquendo & hic adesse factum honestum, scil. dationem ob turpem causam. Nam ut datio honesta sit necesse est, cum, si datio sit inhonesta, cesset actio *ibid. Auct. in seq.* Acceptionem vero magis ad passiones, quam ad facta esse referendam. Vel si hæc responsio non placeat, posses dicere, actionem hanc oriri ex vero delicto, quia reus dolose accepit, esse tamen ratione finis irregularem, cum reliquæ actiones ex delictis oriundæ, semper aliquid pœnæ admixtum habeant, *§. 18. Inst.* (vide tamen Auctorem *th. 12. hic*) hæc autem actio sit mere rei persecutoria per definitionem Auctoris. *Conf. Struv. ex. 18. th. 27.*

VELVTI SI MERETRICI DATVM] Nihil hic subest absurdi, cum tempore Ulpiani lupanaria fuerint tolerata Struv. *ex. 18. th. 22.* Ac perinde est ac si dicerem: turpe est quidem homini ingenuo carnificinam exercendam suscipere: verum digesto eo pudore mercedem pro ista opera accipere turpitudine vacat. *Dn. Pufend. de J. N. & G. lib. 3. c. 7. §. 8. p. 369.* Adeoque & hodie respectu nonnullorum locorum, ubi tolerantur lupanaria, hic nihil immutatum arbitror. At in illis locis, ubi hujusmodi meretrices publice non tolerantur, aliud dicendum, statuendumque quod & his casibus turpiter accipiat meretrix. Cæterum an hæc locorum disparitas disparitatem quoque afferet ratione condictionis nostræ? Nequaquam, quia utrovis modo condictio cessat, sive solius dantis, sive etiam simul accipientis adsit turpitudo. Afferet tamen in aliis quæstionibus affinibus distinctio an tolerentur lupanaria, an non, haud parum utilitatis. Et nimirum Hahnius *h. l. n. 2.* prox. prioribus & fisco repetitionem ejus, quod meretrici datum est, concedit *l. 1. C. de vect. lib.* & cum eo Perez *ad Cod. de cond. ob turp. caus. n. ult.* Dn. Schiltz *ex. 24. §. 33.* Quod fiscum attinet, concedo assertionem in illis scil. locis, ubi lupanaria non tolerantur, non quidem *arg. d. l. 1. C. de vect. lib.* quam hoc non spectare mox ostendetur, sed quia fiscus habet persecutionem eorum, quæ scelere quæsita sunt *l. 9. ff. de jure fisc.* At in illis

locis,

Digitized by Google

locis, ubi lupanaria tolerantur, & ubi meretrices nomen suum apud magistratum profitentur & vectigalia pro arte meretricia solvunt, fiscus nihil repetet. Qui enim tolerat, id quod tolerat, punire nequit. Proximiores autem quod concernit, veluti fratrem, aut post fratrem alios proximiores, quos afferunt Hahn. & Perez *dd. ll.* (de parentibus & tutoribus hoc fit, an non in locis, ubi meretrices non tolerantur, iis repetitio concedenda sit ob jus potestatis?) indistincte iis repetitionem denego, cum nunquam hæc potestas in jure ipsis concedatur, neque argumentum ex *d. l. 1. ff. de natural. lib.* quicquam probet. Agit enim *d. l. 1.* non de eo, quod meretrici donatum est, ut explicat Perez. *d. l.* sed de eo, quod UXORI tali, qualis recensetur ibidem, datum est per verba expressa *d. l. 1. Sed etsi UXORI tali quodcunque datum &c.* Deinde *d. l. 1.* per *authen. Sed novo jure* statim subjectam, hodie est abrogata. Conf. Brunnem. *ad d. l. 1.* Denique nec extensio ejus ad meretrices procedit, cum ratio ibi non sit posita in turpitudine accipiendi, sed potissimum in speciali dignitate personarum donantium per verba initialia *d. l. 1.* adeoque etiamsi *d. l. prima* expresse de scortis harum personarum ageret, tamen ob specialitatem rationis ad ea, quæ ab aliis personis donata fuissent meretricibus extendi non posset, nisi graviter in regulas doctrinæ de interpretatione velimus impingere. Porro & illud a Dd. quæri solet: An promissum meretrici nec datum, eadem a promittente exigere possit? Affirmat Struv. *d. ex. 15. th. 22.* Negat Hahn. *ad h. t. n. 1. fol. 411.* per *l. 1. & l. 5. C. hic.* Struvii opinionem secundum doctrinam juris civilis & in locis, ubi lupanaria tolerantur, pro veriore habemus. Hahnii vero procedet in iis locis, ubi meretrices puniri solent. Conf. Frantzk. *h. t. n. 10.* Schütz. *in comp. p. 155.* Denique an repeti possit datum meretrici ob usum corporis, si eundem denegat postea? Datum reddi debere, omnes concedere asserit Hahnius *ad Wesenb. d. l.* ex Johanne de Lugo. Ego non puto: sive consideres castitatem temporum nostrorum, sive rationem Juris Justinianei. Utrobique enim adest turpitudo dantis. Qua igitur actione hic repeteret? Non condictione ob turpem causam, quia adest turpitudo dantis, neque condictione ob causam dati, quia hic non adest causa honesta. Conf. Struv. *ex. 15. th. 3. & 5.* nisi dicere velis in iis locis, ubi lupanaria tolerantur, causam hanc pro inhonesta non haberi, adeoque competere hoc casu condictionem causa data &c. quod tamen aliis discutiendum linquo.

NON PROPTER TURPEM CAUSAM, SED EX CAUSA INJUSTA] Condictionem ex turpi & injusta causa diversas faciunt Schütz *in comp. h. t. p. 155.* Struv. *exerc. 15. thes. 25.* Frantzk. *h. t. num. ult.* Perez. *ad Cod. de cond. ex legem. ult.* Cui sententiæ favere videntur *l. 6. & 7. ff. de cond. ob turp. caus.* & rubricæ duæ Codicis una *lib. 4. tit. 7. de cond. ob turp. caus.* altera *tit. 9. de cond. ex. inj. caus.* Adducuntur etiam exempla duo, unum condictio ejus, quod ex coacta stipulatione solutum est *l. 7. ff. de cond. ob turp. caus.* alterum condictio fructuum a malæ fidei possessore consumtorum *l. 3. C. de cond. ex legn.* Si tamen inquiras, quo-

 nam

nam sit differentia inter causam turpem & injustam, nihil solidi deprehendes. Dn. Struv. *d. l.* enim inter condictiones has duas differentiam videtur facere, quod condictio ob turpem causam detur, si quid datum sit ratione alicujus præstandi in FUTURUM, quod intuitu accipientis sit turpe, condictio vero ex causa injusta, si accipiens quid consecutus fuerit, ex causa injusta PRÆTERITA. Franck. contra *d. l.* condictionem ob injustam causam tam a condictione ob turpem causam, quam a condictione ex injusta causa differre putat: ab hac, quod condictio ex injusta causa respiciat præteritum, ob injustam causam vero futurum: ab illa, quod condictio ob injustam causam in se quidem singularem aliquam turpitudinem non contineat, sed simile quid, ob quod justum & æquum sit fieri restitutionem *l. 1. & 2. t. v. c.* si quid propter vim futuram sit promissum. Ut meam sententiam aperiam cum Dn. Schiltero sentio *ex. 24. §. 18.* non esse sollicite distinguendam arbitrantis inter turpem & injustam causam, quum injustum etiam turpe sit saltem civiliter & turpe quoque injustum. Ubi simul distinctionem inter rem futuram & causam præteritam rejicit. *Conf. Oldend. class. 6. act. 7.* Scilicet mihi videntur & loci veterum JCtorum non recte intellecti Tribonianum decepisse, & loca Triboniani decepisse Juris interpretes. Latet homonymia in voce INJUSTI. Quemadmodum enim JUSTUM sumitur vel sensu ajente pro eo quod est honestum, vel sensu negante pro eo quod non est turpe. *Vide Grot. de J. B. l. 1. c. 1. §. 3.* ita cum contrariorum eadem sit ratio, & vox INJUSTI sumitur in sensu positivo pro turpi, in sensu negativo pro eo, quod non est honestum. Dum Tribonianus *tit. 5. lib. 12. Pand.* inscribit *de cond. ob turpem vel INJUSTAM causam*, per injustam causam intelligit turpem in sensu ajente. Quando autem in Cod. *lib. 4. tit. 9.* rubricam fecit, *de cond. ex lege & sine causa vel INJUSTA causa*, per injustam causam intelligit in sensu negante insufficientem & inhabilem, adeoque condictio injustæ causæ ibi est synonymon condictionis sine causa. Et valde suspicor Ulpianum quoque hanc sine causa condictionem in mente habuisse, adeoque male ejus locum *in l. 6. h. t.* ad hanc rubricam a Triboniano fuisse translatum, cui conjecturæ meæ maxime favet locus ejusdem Ulpiani in *l. 1. §. 3. de cond. sine c.* Deinde Pomponius quidem *in l. 7. h. t.* ex ea pecunia quæ per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse ait. Quomodo vero repeti debeat, non addit. De cond. ob turpem vel injustam causam Pomponium non sensisse (adeoque nec hanc legem 7. commode sub hac rubrica a Triboniano recenseri) arbitror, sed potius de actione quod metus causa per *l. 9. §. 3. quod metus causa &c.* & *post stipulationem & numeratio. facta est*, item: *Et Pomponius scribit.* In Codicis *lib. 4. tit. 9.* nulla lex continetur, quæ de condictione quadam ex injusta causa a condictione ex lege vel sine causa distincta loquatur, nec opus est condictionem fructuum a malæ fidei possessore consumtorum ex *d. l. 3. C. eod.* eo trahere, cum *d. l. 3.* commode de condictione sine causa intelligi queat. *Vid. Eckolt. de cond. sine c.* Franckii exemplum de eo, quod propter vim futuram sit promissum, ideo non quadrat, quia acce-

acceptio promissi ob vim futuram (avertendam, de hac enim procul dubio loquitur) æque in se turpis est ac acceptio dati ob vim futuram avertendam, quam acceptionem dati ad exempla condictionis ob turpem causam refert ipse Franck *ibid. n. 6.* Quinimo etiam sola cautio & promissio per condictionem ob turpem causam repetitur per *l. 1. C. de cond. ob turpem causam.*

CONDICTIO SINE CAUSA] Sumitur hæc dupliciter : vel generice, prout sub se comprehendit condictionem causa data causa non secuta, & condictionem ob turpem causam & condictionem indebiti *arg. l. 1 h. t.* vel speciatice pro actione a reliquis separata, cujus exempla vide apud Schütz. Struv. & Eckolt. *ad h. t.* Conf. quæ *nota præced.* diximus. Est autem & hæc condictio specialis ex quasi - contractu.

TRIBUS MODIS] Desumsit hos modos Auctor ex Franckio *h. t. n. 4. & 5.* ubi reperies singulorum modorum exempla. Primi & tertii modi exemplum spectat ad condictionem sine causa specialem, exemplum vero modi secundi ad generalem, scil. ad cond. causa data causa non secuta.

CONDICTIO EX LEGE] De hac condictione ejusque exemplis & usu hodierno vid. Schütz. *in comp. h. t. p. 165.* Dn. Schilt. *exerc. 1. ad Pand. th. 6. seqq.* Adeoque cum nimis generalis sit, de ejus fundamento speciali an sit ex contractu vel delicto, nihil hic abstractive dici potest, sed considerandi erunt singula exempla.

CONDICTIO TRITICARIA] Nec de hujus fundamento aliquid ita generaliter affirmari poterit, sed iterum consideranda singula exempla. Conf. Struv. *exerc. 18. th. 61. 62.* Schütz. *in comp. p. 166. in fine.*

DE CUJUS NOMINE] Vide Franck. *h. t. n. 3.*

FUIT CUM PRÆ ALIIS] Scil. *in editione priori ann. 1659.* ubi ita legitur: *Præ aliis Hotomanni sua placet Expl. h. t. & 12, quam in Vigilio.*

ALIBI PETITUR] Vide quæ præoccupavimus dicere *ad dissert. 17. th. 5.* Verba : *In loco domicilii.*

QUAM ACTIONIS SPECIES] Si vero peculiarem actionis speciem facere velles, dicendum foret eam ex quasi contractu oriri per ea quæ dixerit Struv. *ex. 18. th. 67.*

X. Porro actiones personales, quædam, *nam reales omnes sunt tales. §. 17. Inst. de act.* Vel sunt rei persecutoriæ, quibus persequimur, quod nobis ex patrimonio nostro abest, *l. 55. ff. de O. & A. tales sunt actiones ex contractu & quasi, fere omnes, d. §. 17. Inst. h. t. & nonnullæ ex delicto, ut actio rerum amot. l. 21. §. pen. ff. de act. rer. am. Condictio furtiva. l. 9. de cond. furt. ob perpetuam moram. Et actio quod metus causa, extra casum contumaciæ, l. 14. §. 1. ff. quod met. caus. Actio doli, arg. l. 16. & l. 36. ff. de dolo. Actio in factum de vi & vi ar.* Quædam pœnales, quibus, *non quod nobis abest: sed aliud quid, nempe pœnam, * non tamen conventionalem,* vindictæ — Actionum personalium quædam sunt. — Rei persecutoriæ. — Quædam pœnales.

 Calli-

causa persequimur, *l. un. in fin. ff. si quis jus dic. non obtemp.* *Ut actio furti & injuriarum, §. 18. Inst. d. t.* Quædam mixtæ, quibus & rem & pœnam persequimur, §. 18. *Inst. d. t.* *Ut actio vi bonor. rapt. L. Aquiliæ, §. 18. Inst. d. t. Actio depositi, si tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa quid depositum, quod depositarius dolo malo negavit, §. 17. Inst. h. Ex quasi contractu actio ex testamento si heres legatum ad piam causam relictum, vel inficiatus, vel solvere distulerit, usque dum in jus vocaretur, d. §. 19. & 26. Inst. h.*

Quædam mixtæ.

AD THES. X.

VEL SUNT REI PERSECUTORIÆ] Diserte hanc actionum in rei vel pœnæ persecutorias divisionem explicui *in philos. jur. §. 150. seqq.*

ET INJURIARUM] Vide *d. philos. jur. §. 164. seqq.*

Dantur & alio sensu actiones mixtæ.

Et earum sunt tres.

XI. Sequuntur actiones mixtæ, *ratione causæ efficientis; & objecti*, quæ *habent non simpla sed duplicia*, & tam ex jure in re, quam ad rem descendunt, & *tam id quod nostrum est persequuntur, quam quod nobis debetur seu præstationes personales.* I. Familiæ erciscundæ actio, *de qua diss. 16. aph. 21.* *Persequimur enim res hereditarias, in quantum sunt Communes pro indiviso, ut declarentur nostra pro parte divisa.* II. Actio communi dividundo, *de qua diss. 16. aph. 20.* III. Finium regundorum, *finalis quæstio, l. 4. C. fin. reg. Limitis actio, c. inter memoratas. c. 16. q. 3.* est actio arbitraria inter eos, qui confines agros habent, *ut fines ad suam normam dirigantur, l. 4. §. ult. l. 5. pr. & §. 1. ff. h. t. Venit ergo in hoc judicium distinctio fundorum confinium & præstationes personales, vel ob factam adjudicationem, vel ob aliam causam, l. pen. Inst. de Off. jud. l. 2. 3. 4. Fin. Reg. An hæc actio locum habeat in Lacu, vide Consultationes Saxonicas lib. 1. q. 75. Inventa est tabula antiqua, quæ Genuæ asservari dicitur, continens veterem formulam finium regundorum inter Genuates ac Veturios, quam exhibet Balduin. Scævol. p. 8.*

AD THES. XI.

ET TAM EX JURE IN RE, QUAM AD REM] Non impossibilem esse hanc mixturam ostendi *in philosoph. jur. §. 199.* & facile responderi potest ad argumenta dissentientium. Ceterum an detur etiam ejusmodi mixtura in actionibus *§. 20. Inst. de actionibus* transita ingens controversia inter Dd. est. Dari eam hic usque asserui cum Auctore, potissimum imbecillitate argumentorum a dissentientibus allatorum commotus, ubi tamen semper miratus sum, cur non & rei vindicatio & heredi-

reditatis petitio ad has mixtas actiones referri soleant, cum tamen & in illis præstationes personales veniant. Et fateor huic Auctoris sententiæ quicquid etiam communiter in contrarium disputetur, apprime favere non solum *d. §. 20. Inst. de act.* sed & *§. 3. & 4. Inst. de obl. quæ quasi ex contractu.* Postquam autem in discursum Huberi *ad Inst. de action. tit. 16. p. 594. seqq.* incidi, mutavi sententiam, & nunc mixturam illam, quæ traditur *d. §. 20.* non esse a causa efficiente, sed ratione objecti saltem statuo. Videatur ipse Huberus *d. l.* ubi eleganter ostendit, cur actiones hæ *§. 20.* sint mere personales, hereditatis autem petitio mere realis, cum tamen utrobique præstationes personales interveniant.

QUI CONFINES AGROS HABET] In ædificiis enim sive urbanis sive rusticis, quia hæc parietibus distinguuntur, nec confinia ideo sunt, sed vicina, actio finium regundorum non habet locum *l. 2. pr. l. 4. §. 10. h. t.* Conf. Struv. *ex. 14. th. 32.*

IN LACU] Quæstio hæc extat in mea editione Consultationum Saxonicarum Moguntinensi *de ann. 1600.* non in eo loco, qui hic ab Auctore citatur, sed *in resolut. Scabinor. Lips. quæ consultationibus annexæ sunt quæst. 7.* ubi casus proponitur, quod nobiles quidam Pomerani egerint actione finium regundorum super lacu, contendentes in eo extare lapides, qui constituant fines lacus inter ipsos & alios nobiles, & affirmatur, quod & in lacu actio finium regundorum habeat locum, argumento eo, quia secundum doctrinam Hieronymi de Monte in tractatu de finibus regundis eadem & in mari locum habeat. De usu practico actionis finium regundorum & remediorum affinium vide omnino Dn. Schilter *exerc. 20. th. 1. usque ad 65.*

XII. Porro actiones quædam simplum, *ut rei persecutoriæ omnes, §. 22. Inst. h.* *Et pœnales eæ, in quibus pœna summa expressa est, sine mentione proportionis alicujus ad simplum, v. g. dum pœna constituitur in X. vel XX. aureos, l. 7. ff. de jurisd. l. pen. ff. de in jus voc. §. 1. & seq. Inst. de obl. quæ ex del.* Quædam duplum vel natura sua, *ut actio furti, nec manifesti, vel servi corrupti, §. 26. Inst. Quæ accusata & damnata Theorides apud Areopagitas oratore Demosthene. Aerod. rer. judic. pag. 472. Et tenetur, qui servum alienum suadendo corrupit, aut corrumpere tentavit, §. 23. Inst. d. t. l. 1. de serv. cor. l. 20. C. de furt. Vid. l. 15. de serv. corr. Utilis datur patri de filiof. l. 14. §. 1. de serv. corr. Magistratui de subditis, marito de uxore: Vel inficiatione, ut damni injuria ex L. Aquil. Depositi in casu, quo id negat & fidem frangit, l. 1. §. 4. depos. Actio ex testamento pro iis, quæ relicta sunt venerabilibus locis. Vel ex mora: Mora vel est simplex, quæ facit item dictam actionem pœnalem, §. 26. h. Vel cum contumacia conjuncta, si quis jussu judicis de restituen-*

Omnes actiones rei persecutoriæ & pœnales, in quibus simpliciter pœna summa expressa, sunt in simplum.

Actiones in duplum sunt, tales vel natura.

Vel inficiatione.

Vel ex mora.

 de

do non pareat, ex quo fit pœnalis in quadruplum actio, quod metus causa. Aliæ triplum, §. 24. *Inst. h.* Aliæ quadruplum persequuntur, §. 25. *Inst. h. t.* Ut furti manifesti, item, quod metus causa. *Deque ea pecunia, quæ ad hoc data sit, ut is cui datur calumniæ causa negotium alicui faceret, vel non faceret, §. Quadrupli. 25. Inst. h. t. Olim Calumniatorum pœna legitima talio erat, hoc est, similitudo supplicii, l. ult. C. de Calumn. Cic. pro Rosc. Amer. & Plinius Paneg. L. Rhemnia calumniæ damnatorum fronti inurebatur litera K. Unde apud Papinianum calumnia damnatus & homo integræ frontis opponuntur, l. 13. π. de test. Vide Casaub. Suet. Aug. c. 32.*

Calumniatorum pœna olim quænam?

AD THES. XII.

SERVI CORRUPTI] Hæc actio quomodo a Legis Aquiliæ actione differat vide apud Eckolt. de servo corrupto. §. 4.

UTILIS DATUR PATRI] Etiam dominis de famulis hodiernis. In eo tamen differt actio directa ab utili, quod utilis non detur ad duplicatum interesse uti directa, sed quanti res officio judicis æstimabitur *l. 14. §. 1. de servo corrupto.* Quomodo autem æstimatio facienda sit & alia quoad usum practicum hujus actionis vide apud Franzk. *h. t. n. 9. 10. 11.* Dn. Schilter *ex. 21. th. 15. 16. 17.* Exinde etiam evenire dicunt Interpretes, quod inhonestæ mulieres ex vicinia possint expelli, ne bonæ & honestæ virgines & matronæ corrumpantur *Nov. 14. c. 1. §. 1. Verb. non enim permittimus.*

ALIÆ TRIPLUM] Una duntaxat actio traditur *§. 24. Inst. de action.* in triplum concepta, quæ datur adversus eum, qui majorem vera quantitate in libello complexus est, ea gratia, ut executores litium majores sportulas exigant, quæ sportulæ quid denotent exponit Huberus *ad Inst. de action. th. 17. p. 547.* Ubi & hodieque sportularum ita in judiciis observari dicit, ut sportularum quantitas secundum proportionem sortis petitæ variet. Quæ observantia etsi forte frequentetur in provinciis Belgicis, tamen in Imperio Romano & moribus Saxonicis aliud est receptum, ubi sportulæ non solvuntur secundum quantitatem libellatam, sed secundum Taxam in Cancellariis, aut aliis judiciis constitutam, notante Norico *in addit. ad d. §. 24.* cujusmodi taxam deprehendere licet in Corpore Juris Saxon. Elect. *P. 1. fol. 541.* cum annexa *fol. 546.* graviori clausula pœnali, quæ primum terreret judices inferiores.]

EA PECUNIA] Circa actionem de calumniatoribus tres distinguendi sunt casus 1. Titius dedit pecuniam Cajo, ne sibi negotium facessat. 2. Sempronius dedit pecuniam Cajo, ne Titio negotium facessat. 3. Sempronius dedit pecuniam Cajo, ut Titio negotium facessat. Omnibus his tribus casibus Titius habet actionem de calumniatoribus adversus Cajum *l. 3. §. fin. & l. 7. ff. h. t.* In primo casu, insuper Titius habet condictionem ob turpem causam *arg. l. 4. h. t.* in 2. casu Sempronius eandem in-

stitue-

stituere potest l. 7. pr. eod. in 3. casu nec Titius, quia nihil dedit, nec Sempronius, quia turpiter dedit, condictionem habent. Hi tres casus si probe secernantur, facile responderi potest ad quæstiones de natura hujus actionis, an sit pœnalis, an mixta, item de concursu condictionis cum hac actione, & de transitu ejus ad hæredes, quæ vulgo confuse ab interpretibus tradi solent. Usum ejus quod concernit, actionem de calumniatoribus abrogatam esse & loco ejus interesse & pœnam arbitrariam peti cum Groenwegen, Gudelino, Menochio & Cujacio statuunt Struv. ex. 7. th. 60. Schüz in comp. h. t. p. 38. Eidem contra adhuc hodie deferendum esse cum Brunnemanno ad l. fin. ff. h. t. sentit Dn. Schilterus ex. 10. th. 69. De hoc non est dubium, condictionem ob turpem causam in casibus modo notatis adhuc hodie competere Schüz d. l.

XIII. Actiones vel sunt bonæ fidei, *in quibus judici permittitur libera potestas æstimandi inter litigantes, quid alterum alteri ex æquo & bono præstare oporteat, §. 30. Inst. d. t.* *Quæ enumerantur omnes in §. 28. Inst. h.* *Ita, ut sub directis & contrarias & utiles comprehendamus, ut actionem emphyteuticariam sub locati cond. actione, sub negotiorum gestorum & funerariam, l. 14. §. 13. in fin. ff. de rel. & sumt. fun.* * *Non omnes præscriptis verbis: Sed tantum duas hic enumeratas.* Inter quas & hereditatis petitio, *quæ est actio in rem, l. 25. §. 18. ff. de her. pet. qua heres hereditatem ab eo, qui pro herede vel possessore possidet, sibi restitui petit. l. 9. ff. de her. pet.* Et actio ex stipulatu pro dote, *Vide diss. 3. aph. 19.* Actiones b. f. quæ?

AD THES. XIII.

VEL SUNT BONÆ FIDEI] Divisionem actionum in bonæ fidei & stricti juris & sententiam Auctoris circa actiones bonæ fidei dilucide exponunt ea, quæ disserit Huberus *ad Inst. de act. th. 18. p. 368. seqq.* Conf. tamen Dn. Eichel. *in præfat. ad observat. Habnii l'Exsimbertianis f. …*

ET HÆREDITATIS PETITIO] Cujus fundamentum est dominium juris hæreditarii per tradita a Magnif. Dn. Bornio *de Jure in re cap. 6. §. 2.* ejusque quoad reliqua distinctam explicationem pete a Struv. *ex. 10. th. 40. seqq.*

ACTIO EX STIPULATU PRO DOTE] Conf. Huber. *d. l. th. 19. p. 371.*

XIV. Vel stricti juris, in quibus judicis potestas conventioni adstricta est, ut eam judicando excedere nequeat, *l. 7. de neg. gest. l. 99. ff. de V. O.* Vel arbitrariæ, quæ *separatam ab actionib. B. F. & strict. jur. speciem constituunt arg. §. 31. Inst. h. l. 5. ff. de in lit. jur. l. 3. 1. de usur.* & ab arbitrio judicis dependent, ita, ut si huic satisfiat, absolutio, sin minus, condemnatio sequatur, *§. 31. Instit. h.* * *Quales sunt actiones in rem omnes, & quædam in personam, ut actio de dolo, de eo quod certo loco, ad exhibendum, noxales, §. 31. cer. anotar.* Stricti juris quæ? Actiones arbitrariæ separatam speciem ab actionibus b. f. & str. jur. constituunt.

l. 5.

Digitized by Google

l. 8. §. 1. ff. rer. amot. Pauliana, l. ult. §. 1. ff. quæ in fraud. cred. Fabiana & Calvisiana, l. 5. §. 1. ff quid in fr. pat. redhibitoria, l. 45. ff. de ædil. ed. *Non vero actio in factum adversus naut. caup. stab. item adversus publicanos, l. 1. pr. & l. 5. ff. de pub. & vect. neque finium reg. act.*

AD THES. XIV.

VEL ARBITRARIÆ] Tres de arbitrariis actionibus deprehendo sententias. Unam quod actiones arbitrariæ sint species, vel potius qualitates certæ actionum stricti juris. Conf. Huber. *d. l. th. 21. p. 354.* Alteram quod sint consecies tertia actionum bonæ fidei & stricti juris, quorsum inclinat Auctor *hic* & Huberus ipse *d. l. & initio th. 23.* Struv. *ex. 46. th. 71.* Tertiam quod hæc species actionum arbitrariarum sit plane separata a priore divisione, quæ quidem & mihi videtur probabilior. Nam quod primam & secundam concernit, illæ non ideo displicent, quasi & actiones stricti juris quædam, & bonæ fidei quædam sint arbitrariæ *vid. Bachov. de act. disp. 7. th. 9.* cum de utriusque assertionis veritate, probatione deficiente merito dubitem, sed quod divisio actionum in bonæ fidei & stricti juris non sit divisio actionum in genere sed solarum ex contractu, vel quasi oriundarum *arg. §. 28. Inst. de act.* Conf. Hub. *d. l. th. 18.* Schütz *in comp. p. 417.* nisi quod Justinianus speciali ratione motus ex realibus hereditatis petitionem ad actiones b. fidei retulerit *d. §. 28.* Huber. *d. th. 18. in fine p. 351.* actiones vero arbitrariæ ex diverso fundamento sumtæ sub se actiones etiam in rem & ex delicto oriundarum quasdam comprehendentes novæ divisionis actionum generalis, altera species esse videantur, ita ut dicendum sit: Actiones in genere esse vel arbitrarias, vel non arbitrarias, de quarum posterioribus non opus habuit Imperator hic seorsim agere, cum si cognoverimus, quæ actiones sint arbitrariæ, simul facile intelligere possimus, quæ tales non sint *arg. pr. Inst. de his, qui sui, vel alieni jur. sunt.* Quænam autem sint arbitrariæ, & in quo consistat earum natura, vide apud Huber. *d. th. 21.*

NEQVE FINIVM REGVNDORVM ACTIO] Imo est arbitraria per *l. 4. §. 3. ff. finium reg.* Hub. *d. l. p. 351.*

XV. Quinto actiones quædam solidum persequuntur, *quales sunt omnes, quæ hic non exceptæ,* quædam minus, ut actio de peculio *in casu, ubi peculium non sufficit in solidum, §. 36. Inst. h. t.* de dote, *si maritus vel liberi illicite matrimonii, l. 15. pr. ff. sol. matr. conveniantur, qui in id, quod facere possunt, condemnandi, §. 37. Instit. h. t. l. 12. & l. seq. ff. sol. matr. alimentorum habita ratione, negant l. 19. in fin. ff. de re jud. l. 173. pr. ff. de R. J. Idque non in dotis tantum: Sed & aliorum contractuum actionibus inter conjuges obtinet, l. 17. §. 1. ff. sol. mat. l. 20. de re jud.* Actio contra socerum *de dote promissa*

Digitized by Google

missa danda, l. 15. §. fin. l. 17. pr. ff. de solut. matr. contra parentem, patronum, donatorem, socium, *§. 38. Inst. h. t. l. 16. & 17. de re judic.* * *Etiam unius rei, l. 63. pr. ff. pro soc.* Eum qui bonis cessit, *§. fin. Inst. h. t.* Et cui compensatio opponi potest, *§. 30. & §. pen. Inst. h. Vide diss. 28. th. 11. & seqq.*

AD THES. XV.

DONATOREM] Qui & hoc præ reliquis, quibus beneficium competentiæ competit, habet peculiare, ut æs alienum prius deducat, *l. 19. & 49. de re judic.* Huber. *th. 25. p. 561.*

SOCIUM] & fratrem etiam *arg. l. 63. pro socio.*

ETIAM UNIUS REI] Scil. si de peculiari illa re agatur, in quo differt a socio omnium bonorum, & ita non obstat *l. 16. de re judic.* Huber. *d. l. p. 561.*

XVI. Sexto actiones civiles regulariter sunt perpetuæ, *puta, quæ ad tempus 20. 30. 40. annorum durant, pr. Instit. de perpet. & temp. act.* Prætoriæ plerumque anno terminantur, *scilicet pœnales & rei persecutoria illa, quæ contra jus civile dantur. l. 35. ff. de O. & A. uti actio rescissoria, §. 5. Inst. de act. Redhibitoria, l. 19. §. ult. ff. de Æd. ed. Pauliana, l. 1. ff. quæ in fr. cred. Excipiuntur e pœnalibus actio furti manifesti, pr. Inst. de perp. & temp. Arborum furtim cæsarum, l. 7. §. 9. arb. furt. cæs. Actio recepti contra nautas, l. ult. §. ult. Naut. caup. stab. Actio de servo corrupto, l. 13. ff. de serv. corrup.* — Actiones civiles regulariter sunt perpetuæ. Prætoriæ maximam partem annales.

XVII. Denique sciendum actiones rei persecutorias ex contractu descendentes dari heredibus & in heredes in solidum, *etiamsi dolus vel delictum defuncti arguatur, l. 12. l. 49. ff. de O. & Act.* * *Idque non tantum in bonæ fidei, sed etiam stricti juris contractibus. Excepta actione tributoria, l. 7. §. ult. ff. de trib. action. Actione in factum contra agrimensorem, l. 3. §. pen. juncta l. 4. ff. si mens. fals. Actione depositi ex causa ruinæ &c. l. 1. §. 1. l. 18. vers. Depos. §. 1. vers. aliquando tamen. Instit. de perp. & temp. Referunt huc & actionem in factum adversus falsum tutorem. Quam tamen non ex contractu, sed ex delicto esse vult VVesenb. parat. Quod fals. tut. n. 4. & ibi Bacch. Huc refert Pacius etiam actionem in factum de precario, per l. 8. §. ult. ver. de precar.* Ex delicto vero, competere in heredes tantum pro ea parte, quæ ad ipsos pervenit, *l. un. C. ex del. def. l. un. C. rer. amot. l. 16. §. fin. quod met. caus. excipitur condictio Furtiva.* Pœnales heredibus sed non in heredes competere, *§. 1. Inst. de perp. & temp. Quia delicta debent tenere auctores suos, l. 1. §. fin.* — Attingitur aliquid de transitione actionum personalium in heredes.

 ff. de

ff. de privat. del. l. 22. C. de del. Nisi vel lis cum defuncto fuerit contestata, §. 1. Instit. de perpet. & temp. Vide Meril. 4. Obs. 2. Vel ex delicto defuncti aliquid ad eum pervenit, d. l. 38. ff. de R. J.

AD THES. XVII.

ACTIONE TRIBUTORIA] Quæ tamen datur in hæredem, in quantum ad eum pervenit *d. l. 7. §. ult.* Et hic non opus est, ut exceptionem faciamus a regula cum supra *ad thes. 6. h. t.* notaverimus, hanc actionem ex delicto esse, non ex contractu.

CONTRA AGRI MENSOREM] Sed & hæc actio est ex delicto per tradita a Schuz. *in comp. p. 128.* Eckolt *ad h. t. in fin.* & Hahn. *ad Wesenb. h. t.* Dissentit equidem Dn. Strav. *ex. 15. th. 61.* ubi eam ex contractu oriri dicit, sed postea tamen sui immemor *ex. 19. th. 21. in fin.* eandem ex delicto descendere asserit. Hodie quid circa mensores nostros in tanta existimatione ut olim non constitutos liceat, exponit Dn. Schilter *ex. 21. th. 24.*

ACTIONE DEPOSITI EX CAUSA RUINÆ] Hæc est quidem ex contractu, sed pœnalis mixta. Adeoque quando in jure dicitur eam non dari in hæredes, nisi pro parte, quæ ad ipsos pervenit, intelligendum est, quod, si & illam partem, quæ pervenit, denegent, etiam prout pœnalis est, in hæredes detur, si vero nihil pervenit, nullum est dubium, quin simplum de quatenus hæc actio rei persecutoria est, debeant restituere

RECIPITUR CONDICTIO FURTIVA] Ex mente eorum, qui condictionem furti ex delicto oriri negant, nec hæc actio excipienda vide Hubi. *ad Inst. de perpet. & tempor. act. §. 3. p. 371.*

NISI VEL LIS] Nec hac exceptione opus, quia per litis contestationem novatur debitum, ut postea ex quasi contractu debeatur.

VEL EX DELICTO DEFUNCTI] Tunc iterum non transit quæ mere pœnalis, sed quæ pœnalis mixta & rei persecutoria *arg. d. l. 38.*

DISSERTATIO XXIII.

De Interdictis, Exceptionibus & cæteris Personis Judicii.

RESPONDENTE

SEBASTIANO FRIDERICO Zierish.

APHORISMUS I.

SEquuntur Judicia possessoria, quæ interdicta appellantur *pr. & §. 4. Inst. h. t. & sub lata quidem significatione actionum interdum veniunt, l. actionis 37. de O. & A. proprie tamen sunt distincta, quæ erant decreta certis formulis proposita quibus statuebat, Prætor, apud quem possessio rei controversa inter duos esse oporteat interim, dum litigabatur apud judicem pedaneum, quem & mox dabat inter*

Interdicta proprie ab actionibus distincta erant.

eos,

eus, ut de proprietate cognosceret. Itaque interdicta non perpetuam possessionem addicebant, sed temporariam, quoad de proprietate judicatum esset, l. 1. §. ult. ff. de Aq. quot. & æst. Cujac. parat. Cod. h. t. Quod si reus diceret se paruisse, actor vero negaret, tum partes sponsione inter se contendebant, & Prætor dabat judicem, qui de illa cognosceret. Qui male sponsionem fecisse condemnabatur, non tantum causam amittebat, sed etiam infamis fiebat. De tali sponsione est Oratio Cicer. pro Cæcina Giphan. pr. Inst. de Interd. Aut civibus ex causa interdicti actionem ordinariam dabat: Hæ actiones in factum, quibus utimur ad exemplum interdictorum hodie, *sublato veterum interdictorum usu,* sunt actiones *in personam, l. 1. §. pen. ff. de Interd. In rem conceptæ. d. §. pen. Diss. Vult. 2. Jurispr. c. 21. n. 4. P. Frider. comm. 7. de Interd. n. 41. Bacch. de act. Disp. 3. th. ult.* extraordinariæ, quæ de possessione vel quasi competunt, *pr. Inst. de interd. Etsi enim quædam & causam proprietatis contineant, l. 2. §. 2. ff. h. t. l. 1. §. ult. ff. de aq. quot. l. 3. §. 12. & 13. de itin. act. priv. Tamen principaliter pro usu & possessione rei tuenda competunt, quia is vincit in hoc casu, qui jus, de cujus usu quæritur, ad se pertinere ostendit. Ex hac differentia Interdictorum & actionum in factum, quæ pro interdictis hodie dantur, puto hausisse distinctionem suam Pragmaticos inter possessorium momentaneum, quod summarissimum vocant, & plenarium seu ordinarium, quod per actionem exercetur. Non bene tamen adhibita momenti appellatione, ut notant passim Interpp. Sarmient. lib. 2. c. 13. n. 9. Giphan. de Judic. p. 2. c. 4. pag. 17. VVissenbach. parte post. disp. ad ff. 23. th. XI.*

Interdicta olim possessionem perpetuam non addicebant.

Hodie de possessione dantur ad exemplum interdictorum actiones in factum.

Si reum non paruisse interdictis actor diceret, prætor aut judicem dabat, aut ex causa interdicti actionem ordinariam.

AD DISSERTAT. XXIII.

AD THES. I.

A*CTIONES IN PERSONAM*] Si accurate volumus loqui, actio in genere est vel petitoria, vel possessoria. Petitoria vero subdividenda in realem & personalem. Nam præter differentias inter actionem petitoriam & possessoriam, quarum varias recenset Huber. *ad Inst. de Interd. th. 1. in fin. p. m. 381.* est & illa, quod interdicta in legibus nostris jam actionibus realibus opponantur *l. 14. in fin. ff. de except. rei jud.* jam actionibus personalibus *l. 1. §. 4. de dolo malo l. 37. in fine ff. de R. J.* Et quis nescit hodiernum ratione processus maximam esse differentiam inter remedia possessoria & petitoria, quà realia, quà personalia. Interim tamen cum nulla sit actio, quæ respectu agentis non fundetur in jure quodam,

 jus

jus vero sit vel personarum, vel rerum, de jure autem personarum nemo unquam cogitaverit, quod illud remedia possessoria producat, superest, ut de illa ex jure quodam rerum oriantur. Jam qui pro jure in re pugnant, omnes possessionem, tanquam caussam interdictorum, adducunt. At jam supra *ad dissert. 6. th. 11.* notavi possessionem non esse jus, nec jus ex possessione ortum momentaneum illud & analogice ita dictum tam capax esse, ut actionem ullam producat. Remanet ergo jus ad rem, quod in omnibus interdictis locum habere singulæ eorum species docebunt. Videantur interim Magnif. Dn. Ordin. *de Jure in re cap. 4. per integrum.* Huber. *ad tit. de interd. th. 1. & 2. p. 381. - 384.*

QVÆ DE POSSESSIONE VEL QVASI] Adde Huberum *d. th. 1. p. 381.* ubi similiter nullum dari interdictum, quod solum de proprietate, non simul de possessione agat, ostendit. Conf. Struv. *ex. 45. th. 7.*

DISTINCTIONEM SVAM PRAGMATICOS] Quæ distinctio a Dd. quibusdam ideo solet impugnari, partim, quod nullum detur possessorium ordinarium, sed omne possessorium sit momentaneum, & huic momentaneo in jure solum petitorium opponatur, partim ab aliis, quod summariissimum possessorium juri ignotum sit, cum olim quodvis possessorium longe citius, quam summariissimum hodie solet, expediretur. Sed quicquid hujus sit, præfatam tamen distinctionem in praxi receptam esse una cum differentiis possessorii ordinarii & summarii, &, quas modo memoravimus, dissensiones, succincte exponit Brunneman. *in processu civili cap. 1. n. 45. 46. 47. 48.* Conf. Struv. *ex. 45. th. 171.*

II. Suntque I. Vel prohibitoria, quibus quid fieri vetat Prætor. Vel restitutoria: Vel exhibitoria. *§. 1. Inst. h. t.* *Quædam II. in præsens tempus, quædam in præteritum referuntur. III. Quædam sunt annalia, quædam perpetua. IV. Quædam simplicia, in quibus unus actor, alter reus; quædam duplicia, in quibus uterque actoris & Rei partes sustinet. V. Quædam de rebus publicis, quædam de privatis. VI.* Quædam sunt adipiscendæ, quædam retinendæ, quædam recuperandæ possessionis. Pro adipiscenda sunt: Quorum bonorum: Quod legatorum, de tabb. exhibendis; De glande legenda: Et Salvianum:

AD THES. II.

SVNTQVE VEL] Præsentis theseos divisiones singulas interdictorum breviter exponit Struv. *exerc. 45. th. 4.* Addit Schilt. *in comp. p. 660. seq.* adhuc alias interdictorum divisiones, quas non opus est huc referre. Nam quam primo loco proponit divisionem a caussa efficiente desumtam in realia & personalia, eam modo *ad th. 1.* rejecimus. Neque ea quam *n. 6.* recenset divisio in ordinaria & summaria huc spectat. Etsi enim divisionem processus circa interdicta in possessorium summarium & ordinarium modo probaverimus, tamen modus non variat rem.

3. QVÆ-

Digitized by Google

V. QUÆDAM DE REBUS) Schütz *d. l. p. 461. n. 5.* ab objecto interdicta dividit in personalia, quæ versantur circa jus personæ, & realia, quæ versantur circa jus rerum, divini vel humani juris &c. Objecti interdictorum distinctionem tolero, maloque cum Schützio dicere interdicti de liberis exhibendis objectum esse jus personæ, quam cum Dn. Struv. *d. th. 8.* interdicta de liberis hominibus exhibendis competere tanquam de rebus hominum quæ sint nullius. Nam quod nullius est, id quatenus tale, nulla actione, aut remedio juris petitur; At de denominatione personalium vereor an stylo JCtorum Romanorum conveniens sit, ut ullum juris remedium, quod pro objecto habet jus personarum, vocetur personale, quin potius cum & jus personarum sit res incorporalis, nihil obstabit, quo minus & ea interdicta, quæ pro tali jure competunt, realia vocemus.
QUÆDAM RETINENDÆ) Sub quibus etiam continetur quarta Baldi species conservandæ possessionis. Fibig. *in processu p. m. 454.*

Interdictum quorum bonorum cui & contra quem detur.

III. Quorum bonorum, est restitutorium, simplex, adipiscendæ, *ad universitatem bonorum pertinens*, directum, bonorum possessori, utile heredi competens, adversus eum, qui de his bonis *non usucaptum* quid possidet, *aut dolo possidere desiit. Non tamen adversus hereditarios debitores, §. 1. Inst. vers. restitutoria. l. 1. pr. ff. de Interd. l. 1. & 2. ff. Quor. bon.* Quod legatorum, datur heredi adversus legatarium, propria auctoritate rem sibi legatam occupantem, *ut possit Falcidiam detrahere, l. 1. §. 1. ff. h. t. Salva manente legatario actione legati, l. 1. §. 2. ff. h. t. Contra donatarium autem mortis causa locum non habet interdictum, l. 1. §. 5. h. t.* De tabb. exhibendis, est *exhibitorium* contra supprimentem tabulas testamenti, *vel codicillos, l. 1. §. 2. h.* negantemque eas exhiberi posse. *Et datur heredibus scriptis, legatariis & fideicommissariis, l. 2. pr. ff. test. quemad. ap. l. 3. de tabb. exh. Nisi sit tale testamentum, quod jure prætorio imperfectum, id est, non signatum. l. 6. ff. ad L. Corn. de fals. Non obstat. l. 1. §. 3. & 5. h. t. junct. l. 2. §. 1. ff. Test. quemad. ap. Vide Giphan. in l. un. C. de tabb. exh.* De glande legenda prohibitorium, ne vis fiat *intra triduum* legenti glandem caducam, *id est, quemvis fructum de arbore sua in vicini fundum cadentem. t. t. de glan. leg.* Salvianum (*a Salvio Juliano*) restitutorium *perpetuum & ad heredes transitorium*, directum datur locatori rustici prædii adversus colonum, de rebus ab eo sibi pignoratis. *Utile autem & aliis creditoribus pro pignoribus suis; adversus quoscunque possessores. l. 1. & t. t. ff. & C. de Sal. int.*

Quod legatorum.

De tabb. exhib.

Testamentum jure prætorio imperfectum quodnam?

De glande legenda. Quid per glandem intelligitur? Interdictum Salvianum.

AD THES. III.

QVORVM BONORVM] Hujus interdicti causam non esse possessionem, tanquam jus in re, nec etiam jus hereditarium (quorsum videtur inclinare Struv. *ex. 45. th. 14.*) succincte deducit Huber. *ad Inst. de interd. th. 5. e. 385. 386.* Caeterum interdictum hoc ex possessione Praetoria adeoque ex jure tam firmo & perfecto quam sit jus in re, oriri, cum Hubero *d. l. p. 386.* non dixerim. Nam si jus illud possessionis, quam a Praetore accepit actor, produceret actionem, sane non esset infirmius jure in re, aut si esset infirmius, non produceret actionem. Quin potius cum Domino & Patrono meo Magnif. Dn. Bornio *de jure in re cap. 4. §. 7.* sentio, interdictum praesens ex quasi ademtione possessionis (adeoque ex delicto) oriri. Affine huic interdicto est remedium *ex l. fin. C. de edict. D. Adriani tollendo*, quod exponunt Struv. & Schütz *ad h. t.*

QVI POSSIDET] Scil. pro haerede, aut possessore, nam adversus eum, qui titulo singulari b. f. possidet, non datur. Struv. *ex. 14. th. 16.*

HEREDITARIOS DEBITORES] Quia datur hoc interdictum adversus possessores corporum *l. 2. ff. h. t.* Struv. *d. th. 18.* Utile tamen interdictum datur etiam ad res incorporales, quae corporalibus inhaerent. Schütz *in comp. h. t. p. 462.*

QVOD LEGATORVM] Quod ex delicto oritur [illegible]. illicita legati apprehensione. Dn. Struv *ex. 45. th. 25.* Magnif. Dn. Born. *d. l.*

NON AVTEM MORTIS CAVSA] Nisi mortis causa donatarius post mortem donantis rem donatam privata auctoritate occupaverit, Dn. Struv. *ex. 45. th. 27.* Dissentit Hahn. *ad VVesenb. h. t. in fine*, qui interdictum hoc semper adversus mortis causa donatarium competere putat, etiamsi defunctus rem donatam ipsi hunc in finem tradiderit per *l. 36. ff. & l. pen. C. ad L. Falcid.* cui respondet Struv. *in resol. ad d. l. p. 585.* Neque enim vera aut probata videtur assertio Hahnii, pro qua re competit actio, pro ea etiam competere interdictum.

DE TABVLIS EXHIBENDIS] Hoc iterum ex delicto oritur Struv. *ex. 45. th. 42.*

NON OBST. L. 1. §. 9. ET 5. H. T.] Distingue enim inter imperfectionem civilem, si deficiat solennitas quaedam, & inter imperfectionem Praetoriam, si adsit vitium visibile, scil. defectus subsignationis, quod adeo reddat testamentum nullum. Adde Struv. *in resolut. ad exerc. 45. th. 45. p. 587. seqq.*

DE GLANDE LEGENDA] Descendit hoc ex delicto, violenta scil. prohibitione. Hodie illud locum non habere ex aliis affirmant Struv. *d. ex. 45. th. 163.* Schütz. *in comp. h. t. p. 471.* De Jure Saxon. quidem id jam haut caret dubio, cum secundum hoc rami ex arbore vicini in meum fundum pendentes mei sint. At de jure communi considerandum erit, annon illa assertio de abrogatione hujus interdicti ad ejusmodi consuetudines, quarum meminit Hahn *ad VVesenb. h. t.* restringenda veniat.

SALVIANVM INTERDICTVM] Hoc non oritur ex jure pignoris. Huber

ad

ad Inst. de interd. th. 3. p. 386. sed ex, tertio oppigneratione Schütz in *comp. h. t. p. 474.* seu ex quasi contractu.

ET ALIIS CREDITORIBUS] Hodie pragmaticis nostris fere incognitum & inauditum esse nomen Salviani interdicti, sive directi, sive utilis, ex Desfelio observat Struv. *d. ex. 45. th. 171.* Contra tamen Menochius *remed. adipisc. poss. 3. n. 2.* testatur ejus usum frequentissimum esse in curiis. De hoc interdicto vide pluribus Eckolt. *ad h. t.*

A SALVIANO JULIANO] An a Pratore Salvio? *Vide Eckolt. d. l. th. 1.*

ADVERSUS QUOSCUNQUE POSSESSORES] Adde tamen Struv. *ex. 45. th. 171.*

IV. Interdicta retinendæ sunt, Ut possidetis: Utrubi, de superficiebus, de operis novi nunciatione, Quod vi aut clam, de arboribus cædendis, de migrando: dantur inter eos, quorum uterque se possidere contendit, *& necessaria sunt ideo, ut constituatur, uter eorum possideat, quo inde proprietatis quæstio expediri queat. Qui enim non possidere declaratus fuerit, is in petitorio actoris partes suscipere tenebitur: qui vero possidet, probatione nulla oneratur, §. retinend. 4. Inst. h. t.* Uti possidetis *est prohibitorium præsentis temporis, duplex,* & ad res immobiles; Utrubi, ad mobiles *possessas retinendas* pertinet. *In utroque is vincit, qui litis contestatæ tempore possidet, & nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possessionem est nactus. §. 4. At jure Canon. is vincit, qui de antiquiore possessione docuit. c. licet. 9. x. de probat. Directum quidem competit de possessione rerum soli. §. retinendæ. l. 1. §. 1. ff. h. t. Utile de quasi possessione rerum incorporalium. l. sicut. 8. §. Aristo. ff. si serv. vind. Unde etiam fructuariis datur. l. ult. ff. uti possid.* De superficiebus tuetur superficiarium, *id est eum, qui in solo alieno ædificavit, ad id conductio, ut perpetuo, vel diuturno tempore ibi habitaret, sub annuo salario. tit. h. t.* in retinenda quasi possessione superficii, *quod est Jus in re, ἐμφυτευτικὸν l. 3. tr. de reb. cor. vel ut in Basilic. ἐμβατικὸν* Operis novi nunciatio *καινοτομία Nov. 63.* est denunciatio ne opus, *tale scilicet quod solo conjunctum est. l. 1. §. hoc autem ff. h. t.* novum fiat. *Facit opus novum, qui aut ædificando, aut detrahendo aliquid, pristinam operis faciem mutat. d. l. 1. §. opus. h. t. nec refert utrum intra oppida, an extra fiat, in publico, an privato, d. l. 1. §. sive autem. Non autem novum opus facit, qui vetus fulcit. d. l. 1. §. si quis ædificium. Pertinet hæc nunciatio ad futura, non ad jam facta opera d. l. 1. §. 1.* Nunciare potest, qui dominium vel servitutem habet, *l. ult.*

Uti possidetis.

Interdict. uti possid. directum & utile.

Interdictum de superficiebus quodnam? Superficiarios.

Oper. Nov. nunciatio quid?

Quis facit novum opus?

Digitized by Google

un. §. jus habet, de Remiss. Urbanam. l. inter. 25. in f. ff. de S. P. U. Non rusticam. l. qui viam. 14. Fructuarius autem procuratorio nomine nunciare vicino potest, *ipsi domino non potest. l. 1. §. ult. l. 2. h. l. un. §. pen. de Remiss. Fit nunciatio in rem, non in personam. Id est, sit in re praesenti, ei qui praesens est, ejus operis causa, quisquis is sit. l. 5. §. nunciationem. l. 8. l. 9. h. Modo satisdet rem dominum ratam habiturum. d. l. 5. §. 18. h. t. Etiamsi verus sit procurator, si de mandato ejus dubitetur. Vel suo, vel alieno nomine. d. l. 1. §. item nunciationem. 3.* Juris sui conservandi, vel damni depellendi causa *d. l. 1. §. pen.* Et sic *proprie non nisi* verbis. *(Nam per Praetorem & jactum non nunciatur adversario; sed generaliter prohibetur. Prohibitio genus est, species una, nunciatio. Absurdum, lapidibus nunciare; Et sola forte Eunomia Plautina lapides loquitur. Aulul. 2. 1.) Sed minus id utile est, quia adversarium possessorem facit. l. 1. §. 6. l. 5. §. 10. h. t. Quod qua ratione fiat, variae sunt opiniones. Intelligi potest, id vel accepta demum satisdatione fieri, ut si nuncians satis accepit, incipiat possidere arg. l. qui bona 15. §. 11. vers. cum ideo ff. de dam. inf. Dn. VVissenbach. h. t. p. 185. n. 8. Et haec receptior sententia quam Jason & Zasius proponunt & probat Gyph. diss. de N. O. N. th. 56. Vel, ut mihi videtur, quia Nuncians omnis propter jus quod in re habet, nunciat; l. 1. §. 3. de Remiss. quod est ipsum jus prohibendi, l. 1. §. 17. h. t. sine quo nunciatio non tenet. Ergo hoc ipso fit necessario petitor, & cogitur vel dominium, vel servitutem probare. l. 1. §. 3. vv. de Remiss. Ergo fit adversarius possessor. Quod non contingit, si Praetor prohibeat, vel ipse mere facto aedificantis opus disturbet. Cogit enim ita opus facientem, ut agat, & de jure suo doceat.* Hac fini, ut ab opere abstineatur, donec vel satisdetur de opere restituendo, *si contra facientem judicabitur, vel nunciatio a Praetore remissa fuit. l. non solum. 8. §. sciendum. Hanc nunciationem sequuntur tria interdicta. I. Restitutorium, quo Praetor opus contra renunciationem factum restitui jubet l. Praetor. 20. pr. II. Prohibitorium, ne vis fiat novum opus facienti, si de eo restituendo satisdederit, aut per adversarium steterit, quo minus satisdaret. d. l. praetor. §. deinde. III. Ne vis fiat opus facienti, postquam nunciatio a Praetore remissa. l. un. pr. de Remiss.* Quod vi aut clam *interdictum restitutorium*, de opere, quod in solo vi, aut clam jam factum est. *l. 1.*

§. hoc

Nunciatio quo sensu dicatur in rem fieri.

Nunciatio N. O. proprie tantum fit verbis.

Nunciationem verbis fieri minus utile & cur?

Omnis nuncians propter jus in re nunciat.

Quorsum tendit N. O. nunciatio?

Quae interdicta novi operis nunciationem sequuntur.

Interdictum quod vi aut clam.

Digitized by Google

§. hoc interd. l. 7. notavimus. l. vi factū. 20. §. pen. h. *Etiam destruendo. d. l. 7. §. bellissime, sive in loco sacro sive religioso, privato, publico l. vi factū. 20. §. ult.* *Vi facit, qui prohibitus facit. Vide l. 1. §. 5. & seqq. h. t.* Datur ei, cujus interest, opus factum non esse, *sive sit dominus sive non l. is. qui 11. §. si fundus 10. & §. ult. l. quanquam. 12. l. denique. 13. pr. §. si ex sociis. 3.* *Etiamsi non possideat. l. competit. 16. pr.*

Cui datur.

Adversus eum, qui opus fecit. *d. l. 5. §. hoc verba.* *Sive jus faciendi habuerit, sive non. d. l. 1. §. & parvi. 2.* *Et siquidem opus possidet, patientiam & impensam tollendi operis, sin minus impensam debet. d. l. 16. §. ult.* *Et debet actori restituere, quod ob hanc causam amisit, puta servitutes. l. si opus. 21. §. ult. & omnino praestare, quod actoris interest, opus factum non fuisse. l. semper. 15. §. hoc interdicto, & §. ult. h. t.* *Cessat hoc interdictum, si agri colendi causa factum sit. l. 7. §. plane, si incendii arcendi causa, d. l. 7. §. 4. si quod vi aedificatum, vi destructum. d. l. 7. §. 3. si quis denunciaverit, se opus facturum. l. 5. §. 1. Item post annum. d. l. 15. §. 3. si quis satis offerat. l. 3. §. 6.*

Et contra quem?

De arboribus caedendis, *prohibitorium*, si ex aedibus tuis in meas inpendeant, vel coërcendae, si ex agro tuo in meum *r. t. ff. de Arb. caed.*

Interd. de arbor. caedend.

De migrando, *prohibitorium*, ne vis fiat inquilino migranti, quo minus abducere secum liceat, quae non sunt domino aedium pignorata, *vel quia in pignoris causam non venerunt, vel quia merces soluta est, aut per dominum aedium fiat, quo minus solvatur. l. 1. pr. & §. 1.*

De migrando.

* Et haec possessoria *retinendae cumulari non posse cum judicio petitorio verius est. Frantzk. exerc. 14. q. 1. Dn. Carpz. Resp. 1. 8.* *Quid, petitorio instituto, an judex, non probato dominio, saltem super possessione, si ex actis appareat, pronunciare possit? Ita visum Consistorio Ecclesiastico Lipsiensi, Contrarium pronunciavit Senatus Appellationis. Carpz. Resp. 1. 72.*

Possessoria retinendae cum judicio petitorio cumulari non possunt.

AD THES. IV.

INTERDICTA RETINENDAE SUNT] Ad interdicta retinendae possessionis refert etiam Menochius *in tractat. ad remed. retinendae possessionis n. 6.* interdictum NE VIS FIAT EI, QUI IN POSSESSIONEM MISSUS ERIT, Auctori plane omissum. Idem tamen refertur a Struvio *ex. 45. th. 32.* ad interdicta adipiscendae possessionis. *conf. Menoch. d. l. n. 12.* Et imo videtur certo respectu etiam remedium recuperandae possessionis esse, nam datur adversus eum, qui missum in possessionem ex primo decreto (1.) non vult admittere *l. 1. pr. & §. 1. l. 3. pr. h. t.* (2.) in possessione turbat *l. 1. §. 1. eod.* aut (3.) dejicit *d. l. 1. §. 3. h. t.* Caretum

actio-

actionem hujus interdicti personalem esse fatentur communiter Dd. cum sit ex delicto.

UTI POSSIDETIS] *UTRUBI*] Hæc interdicta esse personalia & oriri ex turbatione in possessione adeoque ex delicto, non ex jure in re, docet iterum Magnif. Dn. Ordinar. *de jure in re cap. 4. §. 8. & 9.* Adde Huberum *de interd. lib. 7. p. 388. seq.*

AT JURE CANONICO] Quod usu magis servatur. Huber. *p. 387.* Sed hoc non ita intelligendum est, quasi is, qui antiquiorem possessionem probat, non debeat possedisse litis contestatæ tempore, quod falsum esse Magnif. Dn. Born. *d. c. 4. §. ult. in fine* sed in eo potius oppositio videtur consistere, quod si uterque probaverit actus possessorios litis contestatæ tempore fuisse debito modo exercitos, uterque etiam secundum Jus civile in possessione sua sit tuendus, de Jure Canonico vero iste, qui de diuturniore tempore fidem fecerit. Adde tamen Eckolt. *ad tit. uti possidetis, §. 7.*

RERUM INCORPORALIUM] Struv. *ex. 45. th. 115.* Huber. *d. p. 387.*

FRUCTUARIIS DATUR] An etiam hæredibus de turbatione defuncto possidenti vel jacenti hæreditati facta? Negamus cum Struv. *d. th. 115.* Eckolto *h. t. §. 10. in fine*, Hubero *d. p. 387.* quia possessio ipso jure non transit in heredem. Nisi contrarium moribus sit receptum, quod de Gallia testatur Huberus *d. l.* de moribus Germaniæ idem obtinere ex Antonio Fabro docet Carpzov. *P. 3. Dec. 225. n. 21. & 25.* ubi & præjudicium addit. Conf. Magnif. Dn. Born. *d. c. 4. §. 2.*

DE SUPERFICIEBUS] *Causa proxima interdicti de superficiebus obligatio ex turbatione est, ut in quo omnia, quæ in superiori* (interdicto uti possidetis) *servantur attendenda l. 1. §. 1. de superf. & ob id in eo quoque non quæbitur de re aliqua controversia, sed agitur cum eo, qui obligatus est. Neque mirum ergo quam interius referri debet ad actiones personales*, verba sunt Magnif. Dn. Bornii *d. c. 4. §. ult.*

TUETUR SUPERFICIARIUM] Hoc interdictum possessorium non confundendum cum actione petitoria, seu utili rei vindicatione ex dominio utili superficiarii oriunda, de qua vide Schütz *in comp. h. t. p. 467.*

QUASI POSSESSIONE] Sed si spectat ad quasi possessionem, cur Auctor non reservavit usque ad *thes. 6.*

QUOD EST JUS IN RE] Adde Schütz *d. l. p. 466. seq.*

Emphyteutæ] Adde glossam ad *d. l. 3. §. 4. de rebus eorum.*

IN PUBLICO AN PRIVATO] Sacro an religioso *l. 1. §. 17. hic.* Dissentire putat VVesenbecium Schütz *in comp. h. t. p. 468.* per *l. 1. §. 1. h. t.* Sed VVesenbec. nequaquam dissentit, quin potius *d. l. 1. §. 1. in paratitl. ad h. t. n. 7.* secundum distinctionem ibidem propositam recte explicat. Conf. Struv. *ex. 39. th. 4. & 7.* Eckolt. *h. t. §. 5.*

QUI DOMINIUM VEL SERVITUTEM] Scilicet si novum opus fiat in fundis privatis. At si in publicis, nunciant illi, ad quos res pertinet, puta omnes cives *l. 3. §. fin. l. 4. h. t.* & secundario incolæ *arg. l. 19. ad muni-*

Digitized by Google

mancip. l. 1. 4. 5. C. de usurpat l. 4. h. t. &c. Schilt. *in comp. h. t. p. 417.* Struv. *d. th. 4.*

NON RVSTICVM] Rejicit hanc distinctionem ob generalitatem textus in *l. 6. §. fin. si serv. vind.* aliasque responsiones ad *l. 14. h. t.* suppeditat Struv. *ex. 39. th. 4.* idemque *in resolut. p. 500.*

IPSI DOMINO NON POTEST] Adde Eckolt. *h. t. §. 7.* & Struv. *in resolut. d. l.*

MODO SATISDET REM] Confundit Auctor nunciantem cum eo, cui opus nunciatur. Quin potius in textu Auctoris ita legendum; *QVISQVIS IS SIT l. 5. §. nunciari 3. l. 8. h. A QVOCVNQVE l. 5. MODO SATISDET* &c.

ET FIT PROPRIE] Formam hodiernam vide apud Eckolt. *hic §. 12.* adde Struv. *d. ex. 39. th. 5.*

NON NISI VERBIS] Struv. *d. th. 5.*

EVNOMIA PLAVTINA] Videtur his verbis ferire VVissenbachium. Vide quæ ex VVissenbachio recenset Eckolt. *§. 7. hic.*

I. *RESTITVTORIVM*] Hoc personale est (oritur quippe ex delicto, scil. extructione operis contra nunciationem) non mixtum ut putat Eckolt hic §. 20. ubi & §. 21. tradit usum ejus modernum.

II. *PROHIBITORIVM*]. De quo vide iterum Eckolt. *h. 23.* Struv. *d. ex. 39. th. 10.* Et hoc oritur ex delicto, scil. ex impedimento injusto post satisdationem.

ET DE EO RESTITVENDO] Sed quæritur: An nuncians oblatam sufficientem cautionem de opere demoliendo acceptare & ut alter pergat permittere cogatur? Variæ hac de quæstione occasione *l. un. C. h. t.* sunt opiniones & limitationes, quas vide apud Struv. & Eckolt. *dd. ll.* Adde & Carpzov. *lib. 1. Resp. 7.* Istam maxime rationabilem esse arbitror: Si de jure nunciantis probabiliter constet, eum ad accipiendam cautionem non esse obstrictum, multo magis, si pro suo jure nuncians instrumentum guarentigiarum proferat (Finge deberi ædibus Caji ab ædibus Titii servitutem ne luminibus officiatur. Titius vult altius ædificare, nunciat ei Cajus novum opus producto instrumento, in quo ipsius ædibus servitus ista constituta est. Sequitur etiam ocularis inspectio ædilium, & deprehenditur ab opere Titii jure damnum metuere ædes Caji, hic nullam satisdationem admittendam puto) Quemadmodum enim nunciatio plane injusta, quæque nullam speciem pro se habet, nullum producit effectum Carpzov. *d. l. n. 2. seq.* ita nec cautio injusta quid efficere poterit. Deinde cautio interponitur, ut uterque sit securus & maxime nuncians, quoniam cautum habet de opere restituendo *l. 21. §. 1. h. t.* Sed potest tamen in præfato casu accidere ut in ipsa extructione per obscurationem luminum damnum patiatur nuncians, aut post extructionem, si ædificans processum malis artibus differat. Hoc casu ergo cautio nunciantem non reddit securum, nam per restitutionem operis finito processu nuncianti non satisfit de damno, quod interim passus erat.

III. *NE VIS FIAT*] Et hoc interdictum esse personale nemo puto ambiget,

biget, quia habet eandem caussam cum praecedente, ideoque & illud sub praecedente comprehendit Struv. exerc. 35. th. 11.

POSTQUAM NUNCIATIO A PRÆTORE REMISSA] Nunciatio remittitur vel a lege, si nunciatio aperte injusta, vel a Praetore *ibid. Schilt. in comp. de N. O. Nunc. p. 418. lit. C. Eck. ibid. §. 14. & ad tit. de remissionibus*, ubi tamen addit: falli VVesenbec. quando *h. l.* scribat, nunciationem in notoria nunciantis injustitia non tenere, nam ei fortiter resistat *l. 1. pr. ff. de nov. op. nunc.* Ego quomodo hanc VVesenbecii censuram cum assertione ipsius Eckolti conciliem, non video. Si enim nunciatio aperte injusta a lege remittitur, non a magistratu, quae est sententia Eckolti, utique etiam nunciatio illa non tenebit, h. e. nullum effectum habebit, quae est mens VVesenbecii. Deinde nunciationem ejusmodi non tenere satis probatur *l. 1. ff. de nov. op. nunc.* Nec obst. *l. 1. ff eod.* utpote quae potest restringi ad eum casum, si dubium sit, an injuria fiat opus, nec ne. *vid. Gothofr. ibid. lit. f.* Vel posses etiam dicere *d. l. 1.* loqui de nunciatione facta autoritate publica & per Praetorem, vel magistratum; cui in honorem magistratus parendum est, etiamsi jus impetrantis nullum sit, aut, ut hanc responsionem cum priore concilies: Si a magistratu sit nunciado, nunquam jus impetrantis NOTORIE nullum erit, nam si notorie tale fuisset, magistratus petitioni impetrandis non detulisset.

QUOD VI AUT CLAM] Hoc interdictum partim retinendae, partim recuperandae possessionis *Struv. ex. 45. th. 149.* fundatur in obligatione ex violenta aut clandestina extructione operis oriunda. *Schilt. hic. p. 470.*

ETIAM DESTRUENDO] i. e. quod destruendo factum est.

CESSIAT HOC INTERDICTUM] Schilt *d. l. p. 470. in D.*

SI QUIS SATIS OFFERAT] Rectius si satis obtulerit novum opus nunciatur &c. *d. l. §. 4. 5. & h. tit.*

DE ARBORIBUS CÆDENDIS] Hujus interdicti ex obligatione violenti impedimenti oriundi duo sunt capita, quae vide recensita distinctius ab Eckolto *h. t.* Tabore *rationat. ad tit. arborum furtim caesar. th. 11. 17. p. 441. seqq.* In foro Saxon. hoc interdicto vix opus. Carpz. *P. III. const. 37. d. 15. n. 5.* Eck. *d. l.*

SI EX ÆDIBUS TUIS]. Ad affinia hujus interdicti refertur a nonnullis actio adversus devastatorem sylvarum in alterius praejudicium factarum, Eckolt. *d. l. §. 3.* Ego hanc actionem magis affinem putarem actioni arborum furtim caesarum.

SI EX AGRO TUO IN MEUM] Ubi quindecim pedes altius rami arborum circumcidi possunt (qui quindecim pedes quo modo sint intelligendi vid. ap. Beierum *in dissert. de umbra, superiori anno Jenae habita §. cit.*) ne scil. umbra arboris vicino praedio noceret *l. 1. §. 8. h. t.* Cui similis est observantia de extructione patibuli, circa quam duas sententias examinat Beierus *d. l. §. 11.* Unam eorum, qui putant patibula tanto spatio a vicinis territoriis distare debere, ut cum umbram longissime projiciunt, istud tamen non attingant; alteram eorum, qui statuunt satis esse, si per tres virgas geometricas, seu viginti quatuor ulnas distent.

DE

Digitized by Google

DE MIGRANDO] Et hoc edictum, quoniam tuetur adversus vim, oritur ex delicto, adeoque personale est.

AEMULARI NON POSSE] Adde excellent. Dn. Svendend. *in not. ad proc. Fibig. p. m. 495.*

QUID, PETITORIO INSTITUTO] Tres quaestiones distinctae non confundendae: 1. si cumulatum fuerit possessorium cum petitorio, an judex super solo possessorio pronunciare possit? Affirmatur. 2. Solo petitorio instituto, an judex pronunciare possit in possessorio? Affirmavit Consistorium Lipsiense, negavit Senatus Appellationum. An intentato judicio possessorio solo, pronunciandum sit in petitorio? Affirmavit item Consistorium Lipsiense, negavit Senatus Appellationum. Rationes pro his trium quaestionum decisionibus vide ap. Carpz. *lib. 1. resp. 71. 72. 73. & in processu tit. 1. art. 3. n. 15. 18. 26. & 27. ubi limitatio tertiae quaestionis.*

V. Interdicta Recuperandae sunt, unde vi, de Vi armata & de precario. Unde vi per quod is, qui dejecit, cogitur restituere possessionem, *licet is ipse, qui dejectus est, ab eo qui dejecit vi, vel clam, vel precario possederit, §. 6. Illud non interest, utrum vitiosus possessor ab alio iterum dejectus sit vi armata, an sine armis, arg. l. de precio. 8. ff. de publ. in rem. * Colono autem dejecto hoc interdictum non competit, l. 1. §. 10. l. 12. ff. de vi. Habet autem hoc interdictum locum, si quis de possessione soli sit dejectus, l. 1. §. hoc interd. & §§. seqq. secus si de navi aut vehiculo. l. 3. §. si quis de navi. Cum itaque detur dejecto, quid est, quod in l. 1. §. 45. h. t. dicitur, ei dari, qui possidet? An negativa subjicienda? Ut volunt Hotom. 7. Obs. 6. & Don. 15. 31. An cum Grotio legendum, POSSEDIT? Sed numquid concurrit cum interdicto, UTI possidetis? Videtur, per l. 3. pr. ff. Uti poss. Sed loquitur de vi dejecto, dejicientem turbante.* Est autem vis duplex, *altera quotidiana seu privata, quae fit sine armis:* Altera Armata vis & *publica, quae* fit hominibus coactis & armatis. *Armorum nomine quid veniat, vide l. 3. §. armis. Non solum autem interdictum competit, sed & actio l. 1. §. 4. in fin. ff. Uti possid. l. ult. C. de act. em. Nempe ex L. Julia de vi privata & publica. Merill. 2. Obs. 22. Restituendus autem est fundus cum rebus mobilibus, quae ibi erant. l. 1. pr. §. quod autem & §. seq. l. sed si vi. 14. & fructibus a die dejectionis, d. l. 1. §. ex die. Caeterisque utilitatibus. d. l. 1. §. non solum. Ex omni causa. l. 5. C. eod. Fit enim condemnatio, quanti interest possidere. l. 6. si quidem intra annum agatur. d. l. 1. pr. Post annum fit condemnatio in id, quod ad reum pervenerit. d. l. 1. pr. & §. ult. l. 3.*

Interdictum unde vi quid?

Consideratur l. 1. §. 45. Unde vi.

Vis est vel quotidiana s. privata, vel armata s. publica.

Precarium. *pr. h.* precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur, *l. 1. pr. h.* *Quod a commodato differat, vide diss. 13. aph. 11.* Interdictum inde restitutorium est, *l. 2. §. 1.* ut quod precario habetur, restituatur. *Nisi fiat, in tantum fit condemnatio, quanti actoris interest rem restitui, a tempore editi interdicti. l. quæsitum. 8. §. cum.* *Quæritur, an interdicta adipiscendæ, & recuperandæ, cumulari cum petitorio possint? Vide Dn. Carpz. Resp. 1. 8. 71. & Dn. Ungep. Exer. ult. q. 1. Franzk. Exer. 14. q. 2.*

An interdicta adipisc. & recuper. cum petitorio cumulari possint?

AD THES. V.

UNDE VI, DE VI ARMATA] Quæ duo conjunctim tractantur in Pandectis, quia utriusque eadem in pluribus est natura & ratio. Struv. *ex. 45. th. 100.* Oriuntur autem hæc interdicta non ex possessione, utpote quæ fuit amissa, sed ex obligatione, ex delicto veniente.

COLONO AUTEM] Non obst. *l. un. l. 18. h. t.* ad quas respondet Struv. *in resolut. ad ex. 45. th. 100.*

AN NEGATIVA SUBSTITUENDA] Imo neutra harum sententiarum opus esse dicit Struv. *d. th. 109.* quia *d. l. 1. §. 45.* commode illam recipiet explicationem, quod interdictum hoc detur ei, qui tempore dejectionis POSSIDET. Verum contextus *d. l. 1. §. 45.* nec ad Struvii, nec ad Grotii, bene tamen ad Hottomanni explicationem quadrat.

CUM INTERDICTO UTI POSSIDETIS] Non potest concurrere, quia interdictum, uti possidetis, datur possidenti, interdictum autem unde vi ei qui amisit possessionem, adeoque cum diversa sit interdictorum horum natura *l. 1. §. 4. uti possidetis* & impossibile sit actorem simul possidere & non possidere ideo & concursus impossibilis est.

VIDETUR PER L. 3. PR. ff. UTI POSS.] verbis: Tu vi aut clam.

SED LOQUITUR DE VI DEJECTO Loquitur potius de eo, qui alterum vi vel clam in possessione sua saltem turbat.

PRECARIUM EST] Et hoc interdictum personale est, sive ex quasi-contractu *arg. l. 17. ff. de R. J. Eckolt. de precario §. 2.* sive ex delicto, injusta scilicet denegatione precarii, derivare velis.

AN INTERDICTA ADIPISCENDÆ] Affirmat quæstionem Carpzovius *d. l. & in processu d. art. 5. n. 11. seqq.* Negat Franzk. *d. qu. 2. exercit. 14.* Quicquid tamen hujus sit, sententiam Carpzovii in praxi esse frequentissimam fatetur ipse Franzk. *d. l.*

Interdicta quasi possessionis quænam?

VI. *Interdicta quasi possessionis sunt servitutum, rerum sacrarum & publicarum. De servitutibus sunt interdicta: De itinere actuque privato Tit. 19. de aqua quotidiana & æstiva T. 20. de Rivis. Tit. 21. de fonte, de cloacis. Tit. 22. 23. De rebus sacris est interdictum: Ne quid in loco publico, Tit. 8. de loco publico fruendo, Tit. 9. de via publi-*

blica. Tit. 10. De fluminibus. Tit. 12. Ne quid in flumine publico, Tit. 13. Ut in flumine publico navigare liceat, & de ripa munienda Tit. 14. & 15.

AD THES. VI.

INTERDICTA QVASI POSSESSIONIS] De his omnibus interdictis verum est, quod de quibusdam horum, scil. de itinere actuque privato, de aqua quotidiana & æstiva, de rivis, de fonte, asserit Magnif. Dn. Born. *de jure in re d. t. 4. §. ult.* ea descendere ex obligatione turbantis in possessione, & ubique agi cum eo, qui teneatur ex delicto.

SVNT SERVITVTVM] Item pro objecto habent jus personarum, quorsum spectat interdictum de libero homine exhibendo *tit. 29.* item de liberis exhibendis & ducendis *tit. 30.*

DE REBVS PVBLICIS SVNT] Omisit Auctor *tit. 7.* de locis & itineribus publicis & *tit. 11.* de via & itinere publico reficiendo. Hæc interdicta omnia, observata potissimum serie, quam in Pandectis habent, breviter & succincte exponit Becc. *Aureor. sect. 3. th. 173. usque ad fin.*

VII. Sequuntur exceptiones, *quæ & præscriptiones, l. 11. l. pen. ff. h. t. l. 8. l. pen. & ult. C. eod. & actionibus opponuntur, & improprie actionis appellatione veniunt*, quæ sunt jus excludendi id, quod in intentionem, *l. 2. §. 2. ff. h. t. i. e. petitionem, arg. §. 1. & §. 14. Inst. de act. l. 66. ff. de judic. Et quidem efficacem, pr. & §. 1. Inst. h.* * *Unde exceptiones facti seu intentionis proprie exceptiones non sunt, l. 34. §. 1. ff. de O. & A. l. 38. §. 1. & l. 72. de solu. ubi actio ipso jure sublata, quando sc. reus dicit, quod actor tantum de facto non de jure actionem intendat.* & condemnationem deductum est, *l. 2. ff. h. t.* Suntque *ratione causæ efficientis* vel civilis, vel Prætoria. *Illa ex jure civili, hæc ex Prætoris jurisdictione substantiam capit, §. 7. Inst. h. t.* Deinde *a fine* vel personalis, vel realis, *quarum illa non rebus: sed personæ cohæret, nec ad heredes aut fidejussores transit: Hæc vero contra. Et ab effectu* vel temporalis *& dilatoria*, vel perpetua & peremptoria. Dilatoria ad tempus nocet & actionem differt, *l. 2. §. 4. ff. h. t. §. 10. Inst. h.* Et concernit vel processum judiciarium *vel actionem ipsam. Illa dicitur declinatoria judicii, &* vel judicem respicit, vel litigantes, Judicem I. Exceptio incompetentiæ fori, *l. pen. & ult. C. de judic.* II. Præventionis *arg. l. 30. de judic. quando quis vocatur ad judicem super illa causa, quæ jam coram alio pendet.* III. Recusationis *qua judicem nobis suspectum repellimus. Etiam totum Collegium, Senatum vel Consistorium, l. 16. C. de*

Exceptiones quid?

Exceptiones facti s. intentionis exceptiones proprie non sunt.

Exceptio dilatoria vel concernit processum vel actionem ipsam.

Exceptio præventionis quid?

C. de judic. c. 4. & 10. X. de for. compet. Vel litigantes eosque vel *principales, actorem,* Exceptio non impetratæ veniæ, *quæ adhuc hodie locum habere videtur, arg. l. 10. §. 2. & l. 11. ff. d. t.* Reum, revocandi domum, *l. 2. & 3. ff. de jud.* Utrumque, *exceptio* justi impedimenti, contumaciæ, cautionis, *t. t. ff. qui satisd.* Vel *accessorias, exceptiones procuratoria, §. fin. Inst. h. t. l. 8. §. 3. de procur. t. t. ff. & C. de in jus voc.*

AD THES. VII.

VNDE EXCEPTIONES FACTI] Adde Strur. *ex. 46. th. 4.* Eckolt. *h. t. §. 6.*

VEL CIVILIS, VEL PRÆTORIA] Exempla vide apud Eckolt. *§. 5.*

VEL PERSONALIS, VEL REALIS] Illa vel personalissima vel personalis simpliciter. Eck. *§. 4. ubi exempla.*

PRÆVENTIONIS] Quæ ab exceptione litis pendentiæ differt, quamvis moribus hæc differentia confundatur quandoque Strur. *ex. 46. th. 5.*

ETIAM TOTVM COLLEGIVM] Vide quæ notavimus supra *ad dissertationem 21. th. 5.*

QVÆ ADHVC HODIE LOCVM HABERE] Quas leges hic indicet autor, quibus assertionem suam probare nititur, divinare non possum. Vide tamen, quæ jam notavi *ad dissert. 22. th. 5. verba; actio de in jus vocando.*

PROCVRATORIÆ] Ut exceptio illegitimationis *l. 8. §. 3. de procurat.* Quibus junge exceptiones, quæ opponi solent advocatis ut exceptio inhabilitatis &c.

Exceptio dilat. concernit actionem ipsam vel concernit actionis modum vel ejus proponendæ modum. Exceptio moratoria.

VIII. Vel actionem ipsam *concernunt, quæ dilatoria solutionis dicitur, & vel ipsius actionis merita concernit,* ut exceptio plus petitionis, pacti conventi temporalis, *si creditor pactus sit, se ante quinquennium non petiturum.* Moratoria, *qua debitores, qui citra culpam facultatibus lapsi sunt, rescripto Imperatoris ad certum tempus contra creditores suos se defendunt, l. 2. C. de prec. Imp. off.* Competentiæ, *illis competens, qui ultra quam facere possunt, non debent condemnari, arg. l. un. §. 7. C. de rei ux. act. l. 8. ff. de cond. ind. l. 26. §. 7. l. 32. §. 1. l. 40. pr. l. 43. cod.* Spolii, *quæ datur spoliato adversus spoliantem, ut ante omnia restituatur. Et probanda est intra 15. dies, c. 1. de rest. spol. in 6. l. 1. §. 23. de V. & V. A.* Vel *modum actionis proponendæ,* sub & obreptionis, *quoties in narratione veritas omissa, vel falsitas commissa deprehenditur,* * *Et locum habet, etsi mandatum sine clausula in Camera Imperiali impetratum fuerit.* Præjudicii, *qua excluditur actio hac ratione, quod actioni principaliori præjudicium faciat. l. fundum. 16. h. t.* Ineptæ cumulationis,

Exceptiones dilatoriæ actionis modum concernentes sunt, Sub & obreptionis. Præjudicii. Ineptæ cumulationis.

nis, *quando duæ, pluresve actiones sibi invicem detrahentes, vel ad idem tendentes, vel etiam contraria in eodem libello cumulantur.* Libelli alternativi, generalis, obscuri. *Vide Treut. h. tit. 4.*

Libelli alternativi &c.

AD THES. VIII.

SPOLII] Usum practicum exceptionis spolii vide in *P. I. const. Elect. Saxon. 6. ibique Carpzov. Ord. Proc. tit. 11. 5.* desgleichen wenn einer 5. ibique Martini.

SUB-ET OBREPTIONIS] Quæ præscriptio mendaciorum dicitur in *l. 1. C. si contra jus vel utilitatem publ.* Et solet opponi mandatis, rescriptis, inhibitionibus & literis Principis aliorumque judicum ad instantiam & falsam affirmationem precantis seu supplicantis emissis, sive in juris narratione mendacium reperiatur, sive in facti, sive in tacendi fraude *dict. leg. 2.* Vide Zanger. *de except. Part. 2. cap. 17. per integr.* Et ita intellige autorem dum dicit eam opponi, *quoties in narratione veritas omissa, vel falsitas commissa deprehenditur.* Hæc enim verba non ad falsam narrationem in libello actionis factam extendenda sunt (etsi quodammodo hunc intellectum suadeant verba præcedentia: *vel modum ACTIONIS proponenda:*) Nam hoc casu reo jam consultum est per litis contestationem negativam.

IX. Ut autem sciatur, quando exceptio ineptæ cumulationis locum habeat, ideo concursus actionum notanda sunt, I. Definitio, quod sit jus *seu facultas* exercendi plures actiones de eadem re, *l. 130. de R. J. l. 10. π. de A. E. uno objecto in obligationem deducto, vel circa quod versatur obligatio, (Dissentit Donell. 21. Com. 3. Hunnius, & aliter alii.) Vel ut l. 60. de O. & A. habet, de eadem pecunia, v. l. 178. de V. S.* competentes. Estque vel electivus, *diff. Hill. ad Don. 21. c. 3.* actionum, quarum tantum una exercita consumit cæteras *l. nemo. 43. de R. J. l. si servus 27. §. 1. ad L. Aquil.* Vel cumulativus, isque vel succedaneus, quo actionum altera in judicium deducta, altera nihilominus superest, *nec per illam in judicium deductam consumitur, l. 45. π. pro socio. l. 130. de R. J. l. 18. π. de O. & A. l. 7. §. 1. de cond. furt.* vel simultaneus, qui est actionum compatibilium in uno judicio, *simul & uno libello conjungendarum,* coacervata editio. *Sed hic concursus fori nostri figmentum est. Vide Gibb. de ordine judic. lib. 1. c. 14. pag. 119.*

Concursus actionum quid?

Is est vel electivus

vel cumulativus & hic iterum vel succedaneus vel simultaneus.

Jure civili Justinian. actiones simultaneæ non concurrunt. Secus est hodie praxi.

AD THES. IX.

DE EADEM RE] Addendum: *adversus eundem reum.* Utrumque exponit Struv. *ex. 46. th. 29.*

COMPETENTES] Alii addunt: *jure*: Ut distinguant concursum actio-

num

num ab earundem cumulatione vid. Eckolt. *ad tit. de O. & A. §. 57. 58. & in diss. de concursu actionum ann. 47. habita th. 1. lit. b.*

VEL ELECTIVUS] Dissensionem Hilligeri exponit Eckolt. *d. diss. ibi a. lit. a.* Ad leges obstantes autem respondet Struv. *ex. 46. th. 90. & in resolut. ibid.*

VEL SUCCEDANEUS] Struv. *th. 91.* ubi iterum respondet ad leges obstantes. Hic concursus a nonnullis voce concursus cumulativi absolute posita denotatur vid. Eckolt. *h. t. §. 55. & in diss. d. th. 2. lit. b.*

VEL SIMULTANEUS] Hic concursus in specie, cumulativus vocatur a Struv. *ex. 46. th. 91. in marg.* Supponitur ergo vox concursus cumulativi tripliciter 1. generaliter, ut comprehendat sub se & successivum, & simultaneum. Sic autor *h. l.* 2. Specialiter pro concursu successivo solo. Sic Eckolt. *in not. praeced.* 3. Specialiter pro solo simultaneo. Ut hic.

FORI NOSTRI FIGMENTUM EST] Et ea propter concursus iste ab Eckolto concursus nomine plane non dignus censetur, sed nomine cumulationis venit per modo dicta. Neque competit ei definitio ab autore tradita, quia non datur de eadem re, vid. Struv. *d. th. 91.* Ad leges obstantes, ex quibus alii ejus fundamenta in Jurisprudentia Romana quaerunt, respondet Giphanius *d. l.* quem vide.

Quatenus actiones elective concurrunt?

X. Actiones autem, quae ex eadem causa oriuntur, & idem persequuntur, concurrunt electivè *id est, postquam una per litis contestationem (*non demum per sententiam, ita ut ante sententiam integrum sit alteram regredi. Diss. Don.) in judicium deducta, altera perimitur, l. 43. de R. J. (Non secus atque in hereditate, quae duplici, veteri & novo jure competit, l. 91. de R. J.) v. g. in contractu servi, qui sciente domino negociatus est, est unum objectum obligationis, nempe peculium, est idem homo, cui obligatio quaesita, est unus contra quem agitur, nempe dominus. Ergo adsunt omnia concursus requisita. Concurrunt actio tributoria & de peculio. Quaeritur quo modo? Quia autem concurrunt ex eadem causa contractu servi, & tendunt ad idem consequendum, ergo concurrunt electivè, l. 9. §. 1. de trib. act. l. 20. §. ult. quod met. caus. l. 38. §. ult. pro socio. l. 27. §. 11. ad L. Aquil. l. 76. §. 8. de leg. 2. Ne bis idem exigatur, l. 57. de R. J.*

AD THES. X.

ACTIONES AUTEM] Regularum de concursu actionum ab autore & aliis traditarum fundamentum hoc est, quod idem bis peti non debeat *l. 57. de R. J.* Quatenus igitur actionum finis diversus est, eatenus cumulantur, quatenus in idem tendunt, consumuntur *l. 34. §. ult. de O. & A.* vid. Huberum *ad Inst. de oblig. quae ex. del. nasc. th. ult. in fin. p. 399. & ad tit. si quadrupes th. 1. p. 367.*

XI.

Quæ actiones concurrunt cumulative?

XI. Actiones concurrentes, quæ ex pluribus diversis causis oriuntur, sive tendunt ad unum consequendum, sive ad diversa, concurrunt cumulative, *l. 130. de R. J. v. g. debebam tibi ex emto, tu constituis debitum, ut debeam & ex constituto. Adest idem obligationis objectum, eadem summa pecunia scilicet, actiones dua ex diversis causis, emto & constituto, ergo cumulari possunt, l. 18. §. ult. de const. pec. l. 2. §. 1. de tut. & rat. dist.*

AD THES. XI.

SIVE AD UNUM CONSEQUENDUM] Mens est auctoris, quod actiones ex diversis causis ad unum consequendum tendentes concurrant cumulatione non successiva, sed saltem simultanea, i. e. ut simul in uno libello cumulari possint, ut se explicat *thes. seq.* Si autem una fuerit impetratum, quod debetur, altera consumitur, ne obstent ea, quæ *nota praced.* diximus.

ERGO CUMULARI POSSUNT] Scil. simultanee per modo dicta. At quomodo hæc cohærent illis, quæ auctor *th. 9. in fine* dixerat, concursum simultaneum fori nostri figmentum esse, cum jam ex legibus civilibus eundem probare conetur? Respondemus, Auctorem hanc de figmento concursus simultanei sententiam ab initio non habuisse; non enim legitur in editione priore an. 1639. Etsi igitur eandem postea addiderit *d. th. 10.* omisit tamen ea corrigere in thesibus sequentibus, quæ ex contraria opinione ortum duxerant. Et omnino quamvis quoad praxin concedam concursum simultaneum actionis ex emto & ex constituto, ille tamen ex *l. 18. §. ult.* ne quicquam probatur. Neque probat eundem *d. l. 2. §. 1. de tut. & rat. distrah.* Quæ enim ibidem habentur de actione furti, probant concursum successivum, quæ de condictione furtiva, probant electivum.

Actiones quæ cumulative concurrunt, si ex diversis causis tendant ad idem consequendum concurrunt simultanee h. e. ita ut in eodem libello cumulari possint.

XII. Actiones cumulative concurrentes, quæ tendunt ex diversis causis ad idem consequendum, simul in eodem libello cumulari possunt, *l. 1. §. 4. de leg. l. 18. de O. & A. l. 10. de A. Emt. & vend. Ergo actiones cumulative concurrentes, quæ non tendunt ad idem consequendum, successive cumulantur, l. 56. pr. ff. de furt. l. 34. pr. de O. & A. Ita ut qui una obtinuit, etiam aliam instituere possit. Dixi, qui obtinuit, quia, si victus sit, & alia actione uti velit, videndum est, an ei obstet exceptio rei judicatæ, quæ obstat in concursu electivo & cumulativo simultaneo, solutione secuta, quia per solutionem omnes actiones sunt peremta.*

Contra si ex diversis causis non tendant ad idem consequendum

AD THES. XII.

IN EODEM LIBELLO] Et ad hanc thes. repetenda sunt ea, quæ ad thesin præcedentem dixi. Neque enim textus hic allegati probant concursum simul-

quendum, succedunt, s. successive cumulantur.

simultaneum Juri Romano probatum. Nam *l. 1. §. 4. de leg.* in corpore non extat. *l. 18. de O. & A.* aperte loquitur de concursu successivo, & denique *lex. 14. de A. Empt.* nihil pro concursu simultaneo evincit.

QUÆ NON TENDUNT] Imo & quandoque quæ tendunt per *l. 18. de O. & A.*

SUCCESSIVE] Imo observantia judiciorum nostrorum etiam cumulative, modo non sint plures tribus. *Vide ord. proceß. tit. 7. §.* wir lassen auch geschehen.

QUIA PER SOLUTIONEM] Adde *l. 18. §. ult. de const. pec.*

Peremtoriæ & perpetuæ exceptiones quæ? Sunt exceptio doli specialis.

XIII. Peremtoriæ & *perpetua* sunt, quæ actionem in totum tollunt. *Et nascuntur vel cum ipso negocio, vel post illud. Illæ aut ex sola re proveniunt,* exceptio doli specialis. *(Nam alias dolus est genus, continens sub se metum, l. 14. §. 13. ff. quod met. caus. l. 4. §. 33. ff. de dol. & met. except.) Prætoria, l. 1. §. 1. ff. de dol. mal. exc. Concurrens, cum omnibus aliis exceptionibus, l. 2. §. & generaliter, ff. eod. competens adversus eum, qui exigit, a cujus petitione potest quacunque exceptione summoveri. l. 2. §. 5. h. t. (Non adversus tertium, l. 2. §. 1. d. t.) * Sive fuerit contractus stricti juris. l. 5. C. de inut. stip. l. 36. de V. O. §. 1. Inst. de except. Vel bonæ fidei, in quem dolus aut metus incidit, l. 5. C. de pact. l. 6. ff. de dol. mal. & met. except. Nam dans causam contractui, hunc facit ipso jure nullum, l. 7. pr. ff. de dol. l. 3. in fin. ff. pro soc. l. 1. C. de resc. vend.*

Metus.

Metus, *in rem scripta, ita ut repellat actorem, etiamsi alius quispiam metum intulerit, l. 4. §. 1. ff. de dol. mal. & met. exc. Adversus etiam patronos, parentesque locum habet, arg. l. 4. §. penult. ff. de dol. & met. except. Causa peculii profectitii excepta, d. l. 4. §. fin.*

Erroris.

Erroris, *l. 57. de O. & A.* non numeratæ pecuniæ, *l. 3. l. cum ultra. 9. C. de non num. pec. Quæ duplex: una a creditore opponenda, intra xxx. dies fasso, sibi solutum esse, l. 14. §. 2. C. de non num. pec. Altera debitori competens, qui chirographo fassus est, sibi pecuniam esse numeratam, quam tamen revera non accepit, intra biennium opponenda, t. t. Inst. de lit. obl. l. 14. C. de non numer. pec.* Non numeratæ dotis, *t. t. C. de dot. cau. non num. Vel ex personis,* SCti Macedoniani, *quæ filiisfam. comparata, de pecunia ipsis credita, l. 1. §. 1. ad SCt. Maced. Cui renunciari nequit, l. 11. d. t.* Vellejani, *tributa mulieribus, pro alio intercedentibus, * cui renunciari posse videtur.* Minorennitatis, *l. 7. in fin. ff. de except.*

Non numer. pec. SCt. Maced.

Vellejani. Minorennitatis.

AD

AD THES. XIII.

EX SOLA RE PROVENIANT EXCEPTIO DOLI] Exceptiones ex sola re provenientes opponit Auctor ex privilegio personarum rearum provenientibus. Et ita tolerari potest hæc assertio. Cæterum quando dolus a Doctoribus dividitur in dolum [illegible] proposito & [illegible] ipsa venientem (de qua distinct. vide Struv. *ex. 8. th. 25.*) dicendum: dolum ex proposito, non qui [illegible] re ipsa venit, esse præsentis exceptionis fundamentum.

NAM ALIAS DOLUS] Vide notata supra *ad thes. 4. dissert. 19.*

CONCURRENS CUM OMNIBUS ALIIS] Sed hæc exceptio doli, quæ concurrit cum omnibus aliis, nequaquam est specialis (quam tamen auctor modo dixit se velle exponere) sed generalis, & imo generalissima per dicta *ad dissert. 19. th. 4.* Adde Schütz. *in comp. de doli mali & metus except. p. 481.*

ADVERSUS EUM, QUI EXIGIT] Et hæc spectant ad exceptionem doli generalissimam. Exceptio vero doli specialis datur versus eum, qui me fefellit per dolum illum specialem, qui explicatur *in tit. ff. de dolo malo,* de quo vide Struv. *ex. 8. th. 24. seqq.* & auctorem *infra dissert. 27. th. 16.* Adde iterum Schütz. *d. p. 481.*

SIVE FUERIT CONTRACTUS] Hæc jam spectant ad exceptionem doli specialem.

DANS CAUSAM CONTRACTUI] Videtur Auctor ejus esse opinionis cum Michaele de Luna, quasi etiam dolus dans causam contractui stricti juris reddat eundem ipso jure nullum: Sed verior est sententia communis, quod contractus stricti juris, cui dolus causam dedit, subsistat. Vide Struv. *ex. 8. th. 32.* Hahn. *ad VVesenb. de dolo malo n. 1.* Alii cum VVesenb. nec dolum contractui bonæ fidei causam dantem, ipso jure eundem annullare statuunt, quibus respondetur ab Hahn. *d. l.* & Struv. *d. ex. 8. th. 27. ibique in resolut.*

HUNC FACIT IPSO JURE NULLUM] Adeoque nulla exceptio proprie dicta hic opponenda *Vid. Auct. th. 7. verbis: Unde exceptiones facti.* [illegible] tamen exceptionis vocem vulgariter usurpes, opponenda erit exceptio non competentis actionis.

ADVERSUS ETIAM PATRONOS] Quia potest etiam metus ab alio causatus esse. Aliud dicendum in exceptione doli speciali, quæ facti infamiam continet, ubi datur liberis exceptio in factum, detracta doli mentione *l. 4. §. 16. de dol. mal. & met. except.*

CAUSA PECULII] Adde Struv. *ex. 46. th. 43.* Ita nimirum vult Auctor conciliare *l. 4. §. fin. h. t.* quæ videtur asserere, quod exceptio metus adversus parentes non sit opponenda. Mihi placet aliorum distinctio: an metus ab alio incussus, an a parente. Hoc ultimo casu generaliter videtur prohibita metus exceptio, sive in causa peculii læserit pater, sive extra eandem *d. l. 4. §. fin.* Facit. *l. 7. §. 1. de obseq. parent. præst. & ratio d. l. 4. §. 16.*

NON NUMERATÆ PECUNIÆ] De qua vide plura supra *dissert. 14. th. ult.* & in annotat. ibidem.

Cui renunciari possis] Vide supra *dissert. 24. th. 14. ibique notata.*

XIV. *Post negocium oritur* Exceptio rei venditæ, *quæ venditori, ejusque heredi rem venditam ac traditam repetenti, obstat pretio nondum soluto, l. 1. & ult. de exc. rei vend. Non enim rem repetere; sed pretium petere potest. Quo differt ab emtione permutatio. Imo ne quidem ob pactum non servatum rescindere licet venditionem: sed agere ad interesse, l. 14. C. de rescind. vend. l. 8. C. de cont. emt.* Pretii non soluti, *quæ emtori rem pretio non soluto petenti obstat. l. 13. §. 8. de A. E.* Rei litigiosæ, *qua emens rem litigiosam a persecutione ejus repellitur, l. 1. de litig. l. 1. §. fin. Quæ res pig.* Pacti conventi de non petendo, *§. 3. & 9. Inst. h. l. 5. C. de pact. l. 17. §. 2. eod. Quæ in omnibus causis & obligationibus locum habet, etiam iis, quæ consensu constant. Sed & ex pacto tacito, quod inducitur vel ex receptione partis debiti ab uno ex correis debendi, si debitor dixerit, se pro sua parte solvere, l. 18. C. de pact. Sed tamen ut non nisi solvens liberetur: non cæteri correi, Giphan. ad d. l. 18.* Jurisjurandi, *voluntarii. l. 17. pr. l. 39. de except. si Reus actore vel judice deferente juraverit se nihil dare oportere, §. 4. Inst. h. l. 15. eod. l. 2. 5. 9. 40. de jurejur. vel rem actoris non esse, vel cum jurare paratus esset, remissa ei sit necessitas jurandi. l. 3. pr. l. nam posteaquam. 9. §. 1. l. sed si possessori. 11. pr. l. in duobus. 28. §. ult. de jurej. Competens non solum si dubitetur, an juratum sit: sed etsi constet:* Rei judicatæ, *quando reus in judicio absolutus, postea ex eadem causa, l. 5. l. 7. §. 4. l. 11. §. 4. de except. rei jud. ab eadem persona, l. 3. l. 14. pr. & §. 2. l. 16. & t. t. C. quib. res jud. non noc. (quales etiam intelliguntur, qui alieno nomine, officii ratione, rem in judicium deducunt. l. 4. l. si mater. 11. §. hoc jure. Ut tutor, curator, syndicus, defensor. Sed & judicatum contra auctorem nocet emtori, vel alii successori. d. l. si mater. §. item Julianus & §. pen. & l. exceptio. 28. Et reo absoluto datur exceptio ista fidejussori l. 7. §. 1. ff. de Except.) de eadem re, l. 5. 21. princ. l. 23. de except. rei judic. iterum convenitur. Intelligitur eadem res, quamvis qualitate & quantitate variet. l. & an eadem. 14. pr. l. si cum argentum 21. §. 1. l. cum de hoc. 27. pr. de Excep. rei jud. V. G. si quis totum petit, ei obstat exceptio petenti inde partem d. l. si cum argentum. §. 1. l. 3. l. 7. pr. §. pen. & ult. h. t.* Transactionis, *quæ datur ei, qui de causa jam transacta denuo convenitur,*

l. 21.

Exceptio Jurisjurandi.

Rei judicatæ.

l. 21. 38. 41. C. de transact. Si modo citra acceptilationem res transacta sit. Praescriptionis, *contra eum, qui tempora actioni suae praescripta labi passus est, pr. Inst. h. t. de div. & temp. praescr.* V. G. si quis agat redhibitoria, post sex menses, aut quanto minoris post annum *l. sciendum. 19. §. ult. ff. de Ædil. edict.* Aut de dolo post biennium. *l. ult. C. de dol.* Aut actione in personam post triginta vel quadraginta annos. *l. 2. C. de const. pec. l. 3. & 4. C. de praescr. 30. vel 40. ann.* Except. praescriptionis.

AD THES. XIV.

PRETIO NONDUM SOLUTO] Mens auctoris videtur haec esse: Quod emtor, si rei emtae vel traditae pretium nondum solverit, vel pactum promissum non servaverit, & propterea venditor rem venditam actione rescissoria repetere velit, possit opponere exceptionem rei venditae. Sed haec ad naturam exceptionis hujus non quadrant, quin potius exceptio haec competit adversus venditorem, vel ejus heredes rem certis casibus vindicare volentes *l. 1. 2. 3. ff. h. t.* Struv. *ex. 27. th. 37.* Illis vero casibus, quos auctor fingit, opponenda foret exceptio non competentis actionis.

PRETII NON SOLUTI] Cui correspondet exceptio rei non traditae, quae datur emtori adversus venditorem, qui rem tradere nolens pretium petit *l. 15. ff. de act. emti.* Vide supra *dissert. 15. th. 15. & annotat. ibid. ad verba: rem tradiderit.* Ex quibus apparebit, quaenam sit inter has duas exceptiones differentia.

VOLUNTARII, SI REUS ACTORE VEL JUDICE] Haec non cohaerent. Nam juramentum, quod reus actore vel judice deferente (scil. in judicio) juraverit, voluntarium non est, sed necessarium, vel judiciale. Adeoque ita legendum erit: *Jurisjurandi voluntarii VEL si reus.* An ergo exceptio jurisjurandi etiam in juramento necessario & judiciali locum habebit? Respondeo distinguendo. Aut juramenta hujusmodi secuta est sententia eaque in rem judicatam transiit; aut nondum secuta est sententia. Posteriori casu affirmo quaestionem, priori nego, quia tum jam secutus est reus exceptione rei judicatae per tradita ab Hubero *ad Instit. de Exception. th. 6. p. 378.*

NON SOLUM SI DUBITETUR, SED ETSI] Hanc assertionem ponit Auctor contra eos, qui putant jusjurandum, si de eo constet, ipso jure tollere actionem, quorum sententiam late refutat Huberus *ad Inst. de action. th. 11. p. 339. & de Except. th. 6. p. 371.* Non obstat. *l. 9. princ. de jurej.* cujus sententia haec est: *Nam posteaquam juratum est,* si de juramento constet, admittitur ante litis contestationem statim exceptio jurisjurandi, & ita *denegatur actio, aut si controversia erit, i. e. si ambigitur an jusjurandum datum sit: exceptioni locus est,* sed post litis contestationem differendae. Franzk. *ad Inst. §. 4. de except. n. 4. & 5.*

SI MODO CITRA ACCEPTILATIONEM] Nam si per acceptilationem, exce-

exceptione opus non est, cum per eam ipso jure sublata sit actio §. *1. Inst. quib. mod. toll. oblig.*

PRÆSCRIPTIONIS] Sed hæc exceptio est intentionis & facti adeoque improprie talis, per dicta *th. 7. hic*, quia præscriptio tollit actionem ipso jure, Schütz. *in comp. h. t. p. 440. lit. O.* Conf. auct. *supra differt. 17. th. 19.*

POST 6. MENSES] Varia præscriptionum tempora in materia actionum usitata a triduo usque ad centum annorum spatium distincte exponit Struv. *ex. 46. th. 28. 29.*

Omnis exceptio debet opponi.

Sola dubia exceptio est probanda ab eam opponente.

Dilatoria probari debet ante litem contestatam.

XV. Opponendà autem est exceptio, *etiam notoria, l. 11. C. de appell. quia & notorium probandum est, Westenbec. in tr. h. t. n. 9.* Sive in scriptis, sive sine scriptis, *arg. l. 13. §. 10. ff. de excus. l. 48. ff. de procurat.* Probanda vero non nisi dubia. Et dilatoria quidem regulariter ante litem contestatam, *l. 13. C. de procurat. l. ult. & penult. C. h. t. quia ad constitutionem judicii spectant, igitur judicium captum sequi non possunt. Sive sint declinatoriæ judicii: sive declinatoriæ solutionis; differunt tamen in eo, quod illæ statim sint probandæ, d. l. penult. & ult. C. h. t. Hæ vero tum demum, cum actor intentionem suam probaverit, l. 19. C. de probat. Excipiuntur casus, ubi post litem contestatam hæ exceptiones competere demum cœperunt, aut saltem ad notitiam rei pervenerunt, l. 4. ff. de exceptionib. Aut si gravamen successivum habeant, ut exceptio loci non tuti vel suspecti. Quæritur: An per sententiam jussus respondere,* Sich einzulassen und antworten *exceptiones dilatorias etiamnum opponere possit? Negat Curia Provincialis Lipsensis; Sed Senatus secunda instantia Electorio-Dresdensis & Scabini Lipsenses affirmant. Vide Carpz. 2. Resp. 8.*

Peremtoria etiam post lit. contest. probari potest.

An quædam exceptiones opponi possint post sententiam?

Peremptoria etiam post litem contestatam, *l. 2. sent. resc. non poss. l. 4. C. h. t. Nam & ante litem contestatam opponi potest, l. 8. & 9. C. d. t.* Usque ad sententiam, *d. l. 2. C. sent. resc. non poss. * Idque non tantum in bonæ fidei, sed & stricti juris judiciis, arg. d. l. 2. C. sent. resc. non poss. Nonnunquam & post sententiam quædam opponi possunt, uti quæ processum nullum retro reddunt. Item exceptio competentiæ SCti. Macedon. vel Vellejani & similes. Sed tamen ita admittuntur, si in continenti probari possint, nec a judice terminus dictus sit productioni omnium exceptionum.*

AD THES. XV.

QUIA ET NOTORIUM PROBANDUM EST] Sed hæc ratio nulla est, nec a VVesenbecio traditur, nec cum verbis sequentibus: *Probanda vero non-*

omnino dubia, coharet. Quin potius ideo notoria opponenda est, quia judex regulariter exceptiones a partibus vel negligentia, vel inscitia omissas nequaquam supplere, sed secundum acta judicare debet. VVesenb. *d. n. 9.* Dico regulariter. Nam dantur & quædam exceptiones ab hac regula, quas refert Schiz. *ad tit. de except. p. 476. lit. E.*

ANTE LITEM CONTESTATAM] Jure Saxon. Electorali insuper requiritur, ut omnes simul in primo statim termino opponantur *Part. 1. Const. 9. Ord. Proc. tit. 11. princ.*

HÆ VERO TUM DEMUM] Supple: *sunt probandæ, d. l. 19. C. de probat.* quamvis Struv. *exerc. 46. thes. 7.* ita *d. l. 19. C.* explicet, quasi POSSINT etiam exceptiones hæ dilatoriæ post litem contestatam probari. Sed hæc explicatio verbis *d. l. 19.* non convenit. Cæterum cur *d. l. 19.* a Dd. ad certas tantum dilatorias exceptiones restringatur, cum tamen loquatur generaliter, vide apud Brunnem. *ad d. l. 19.* Adde Huber. *de except. lib. 12. p. 380.*

ET SCABINI LIPSIENSES AFFIRMANT] Quorum sententiam etiam approbavit Serenissimus Elector *decis. nobiss. 14.* Igitur si ita contra reum absentem pronuncietur: Daß Beklagter auf die Klage sich einzulassen/ zu antworten und den Krieg Rechtens zu befestigen schuldig/ per hanc formulam quidem exceptiones dilatoriæ præcluduntur, si vero verba den Krieg Rechtens zu befestigen/ omittantur, admittitur reus cum dilatoriis & litis ingressum impedientibus, sed tamen adhuc sub certis limitationibus *d. decis. 14.* expressis.

ETIAM POST LITEM CONTESTATAM] Jure Civili in bonæ fidei judiciis exceptiones peremtorias quandocunque ante sententiam opponere licebat. In strictis autem exceptionem contestari necessum erat, non contestatam postea opponere pro arbitrio non licebat. Jure Imperii & Saxon. Elect. exceptiones peremtoriæ, quæ non sunt simul litis ingressum impedientes tantum post litis contestationem non ante opponi possunt, & quidem omnes conjunctim litis contestationi annectendæ sunt. *Ord. Proc. tit. 11. §.* Was aber die *peremtorias* & §. Es soll aber auch *alt. it. tit. 21. §.* Do auch der Beklagte. *Magnif. Dn. Ord. diss. prior. ad novis. Jus Judic. th. 41.*

ET POST SENTENTIAM] Etiam in ipso executionis termino exceptio solutionis & compensationis (quamvis hæ sint exceptiones facti & intentionis adeoque impropriè dictæ) modo sint in continenti liquidabiles, opponi possunt etiam Jure Saxon. Elect. *vide Part. 1. const. 8. Ord. process. tit. 39. §.* Wann aber das Urtheil. *Resolut. gravam. nobiss. tit.* von Justitien-Sachen *§. 2. & 3. seq. & decis. nobiss. 1.* Sed an præter exceptionem solutionis & compensationis aliæ exceptiones adhuc contra executionem opponi queant, dubium fuit inter Doctores Juris Saxon. propter *d. tit. 39. ord. proc. §.* Wenn aber das Urtheil/ aliosque textus. Verum & hanc litem sustulit Serenissimus *d. decis. 1.* constituens, ut & aliæ in continenti liquidabiles admittantur. *Adde Philipp. ad d. decis. 1. obs. 8.*

Exceptiones sunt perpetuæ & cur?

XVI. Exceptiones sunt perpetuæ, *quia non est in potestate rei, ut hoc, vel illo tempore conveniatur, l. 5. & 6. C. de except.* Et possunt etiam plures una *quamvis diversa* allegari, *l. 43. in princ. ff. de reg. jur. l. 5. l. 8. ff. h. t. nisi lex prohibeat, d. l. 43. in fin. Ita ut vel ad tempus, vel in totum actionem excludant.* Et peremptoria quidem, ac dilatoria * litis contestationem inducunt, *nempe hæ, quæ actionis merita concernunt. Hos autem effectus eis non tribuimus ut exceptio doli, ex stricto, judicium bonæ fidei efficiat: & quod excipiens adversarii intentionem fateri videatur.*

AD THES. XVI.

LITIS CONTESTATIONEM INDUCUNT] Imo neutra inducit. Et de dilatoriis quidem nullum dubium dicit esse VVesenb. *ad tit. de except. n. 11.* De peremtoriis vero recte ibidem contra Baldum asserit, nec has litis contestationem inducere, quod de jure Canon. quidem nullum habet dubium per *cap. 1. de litis contestatione in 6.* De jure vero civili inde liquet, quod allegans exceptionem litem neque inficiari *arg. l. 2. §. 4. ff. de except.* neque omnino fateri intentionem adversarii videatur *l. 9. ff. eod. cap. 6. extra. eod.* Eckolt. *ad h. t. §. 18. n. 4.* Consentit observantia judiciorum nostrorum, quorum respectu adeo cautela Hahnii *ad VVesenb. d. l.* quod tutius sit addere, quod exceptio opponatur citra animum litem contestandi, erit ex superfluis, quæ neque addita prosunt, neque omissa nocent.

HOS AUTEM EFFECTUS] Plures exceptionum effectus tam generales & communes, quam dilatoriis & peremtoriis proprios vide apud Eckolt. *de except. §. 18. seqq.*

UT EXCEPTIO DOLI EX STRICTO] Adde Struv. *ex. 46. th. 40. & in resol. ibid.* ubi respondet ad rationes dubitandi.

INTENTIONEM FATERI VIDEATUR] Hoc enim est contra *d. l. 9. ff. de probat. c. 6. extra eod.* VVesenb. *h. t. d. n. 11.* quod cum concedat ipsi Hahnius *in notis ibidem* expresse asserens aliud esse excipere, aliud fateri; miror quod subjiciat, & hic cautela opus esse ex *l. 9. C. h. t.* ne actoris intentionem tacite confessus credatur reus, cum aliquando exceptio incidat in confessionem. Quin potius etiam, si quis compensationis objectionem opponat, debitum confiteri non videtur. Vide Struv. *ex. 46. th. 14.*

Contra exceptionem jurisjur. & doli replicatio non admittitur.

XVII. Denique exceptioni opponitur replicatio *l. 2. §. 2. hic. l. 3. C. eod.* huic triplicatio, *& ita deinceps. Excipitur jurisjurandi & doli exceptio, contra quas replicatio non admittitur, l. adversus. ff. de exceptionib. l. 4. §. Marcell. 13. de doli except. in Camera Imperiali in dilatoriis ultra duplicam, in peremptoriis ultra triplicam procedere non licet, Ordinat. Cam. par. 3. tit. 22. §.* Wo aber. *& tit. 29. in fin. Quamvis judici, ad petitionem partium vel ex officio, se-*

cundum causæ qualitatem, hunc numerum excedere interdictum non fit. Quid in Electoratu Saxoniæ obtineat, vid. Constit. August. p. 1. c. 18.

AD THES. XVII.

HUIC TRIPLICATIO] Imo duplicatio & duplicationi demum triplicatio §. 1. & 2. *Inst. de repl. c.* Non obst. *l. 1. §. 3. ff. h. t. l. 7. §. 1. ff. de Curat. furios.* ad quas respondet Huber. *ad Inst. de except. th. 14. pr. 281.*

XVIII. Personæ accessoriæ. (*vide disput. 23. aphor. 2.*) quæ vel Judici accedunt, ut Assessores. *qui & Consiliarii, l. 5. ff. de offic. Adsess. l. 3. C. eod. Comites. l. 4. C. h. t. l. 6. §. penult. de pœn. Inde est, quod postea republ. ad Francos delata Comites ordinarii judices dicti sunt. Freh. orig. pal. c. 2. Juris studiosi, l. 1. ff. de offic. adsess. l. 8. de extraord. cog.* qui consilii & juris suggerendi causa *judici, tam ordinario, quam delegato Principis, Novell. 60. * Olim & judici dato, ut liquet ex Cicer. pro Quint. & Rosc. Hodie non item, quia ipsi periti esse debent, Novell. 82. in præfat.* adsident. *Quorum officium est in cognitionibus, postulationibus l. 1. ff. de offic. Adsess.* (*ut recte coram magistratu fiant,*) *dirigendis libellis, ne inepte, concipiantur, l. 9. §. 4. de offic. Proconf. l. 7. de post. & similibus, quo si bene functi, præmia habent, immunitatem ab oneribus personalibus, l. 10. §. 6. de excus. l. 12. §. 1. de vac. mun. l. 11. C. de adsess. Jus peculii quasi Castrensis in adquisitis ex adsessura, l. 7. C. h. t. Salarium publicum, l. 1. C. l. 4. ff. h. t. Sin minus recte, ita ut Magistratus ex imperitia jus novum dixerit, ii tenentur actione in factum, l. ult. de extraord. cog. Nec non edicto, quod quisque juris &c. l. 2. ff. quod quisque. * Litemque suam faciunt. l. ult. de mag. conv.* Tabelliones, *seu Notarii, quorum officium est, acta judicii bona fide conscribere.* Viatores *seu nuncii*, qui a judice commissa fideliter debent exsequi. *Hinc iis de exsecutione commissionis referentibus in dubio credendum est.*

Assessores. Comites Rep. ad Francos delata, quinam? Assessorum officium. Tabelliones s. notarii. Viatores.

AD THES. XVIII.

UT ASSESSORES] Comparationem Assessorum nostrorum cum Assessoribus Romanis, & in quantum titulo Pandectarum de assessoribus hodie derogatum sit, breviter & succincte exponit Dn. Schilter. *ex. 5. th. ult.*

NEC NON EDICTO] Hoc non videtur, quia edictum illud ad Magistratum saltem & eum, qui jus novum impetrat restringitur *l. 1. §. 1.* assessores vero non erant magistratus: Non obst. *l. 2. ff. quod quisque juris.* Nam respondeo: ejus illum esse sensum, quod imperitia assessoris noceat ipsi assess-

assessori scil. ut teneatur actione in factum per *l. ult. de extraord. cognit.* & autori in modo praecedentibus citatam.

TABELLIONES SEU NOTARII] Ratione horum quaesitum fuit: An Nobilis, vel alius ejusmodi magistratus ipsemet adhibitis suis ad judicium juratis personis absque praesentia actuarii Jurisdictionem inter partes exercere possit? quam quaestionem distinctione diremit Sereniss. Saxoniae Elector *decis. noviss. 39.* inter actus voluntariae jurisdictionis & contentiosae, in illis omissionem Notarii admittens, in his ejus praesentiam necessario requirens.

Advocati officium quodnam? Quomodo differebant olim advocatus & patronus? Quinam possunt esse advocati (postulare.

XIX. Vel litigantibus, *alii interveniendo, alii patrocinando. Interveniendo illi, qui agendi conveniendique jus habentes, controversia jam in judicium deducta, propter id, quod sua interest, vel actori, vel reo se adjungunt. Vide Umm. disput. process. XI. thes. 1. Alii* patrocinando *accedunt nempe*, Advocati & Procuratores. Advocati officium *hodie. Nam olim discrimen erat inter Advocatum & Patronum. Hic agebat causam; ille advocabatur in consilium, Asconius Pedianus in divinat.* est litigantes consilio juvare, & merita controversiae pandere. *Quod possunt, qui pro aliis postulare non prohibentur. Prohibentur alii simpliciter, minores 17. annis. l. 1. §. initium ff. de post. Mutus & surdus. Alii pro se possunt, non pro aliis, ut faemina, d. l. 1. §. 2. insigni turpitudine notatus, d. l. 1. § removet. Servus deportatus, bannitus, & quibus a judice advocatione interdictum, l. 1. C. de post. Alii tantum pro certis personis, d. l. §. 8. Alii denique contra certas personas postulare prohibentur, l. 10. §. 1. de postul. l. 2. C. de advoc. 1. Officio suo si recte praeest, a partibus salarium, (palmarium, honorarium) a lege munerum personalium immunitatem habet, l. 6. l. 13. in fin. C. de advoc. 1. Non a contributione, & in rebus acquisitis; jus Castrensis peculii consequitur, l. 4. l. 8. C. de Adv. 1. Sin minus poenis afficitur, l. 1. §. his igitur ff. de postulando. Et si scienter malam causam suscepit, ut Suillius apud Tacitum 11. Annal. 5. & 6. partibus ad interesse tenetur. Umm. disput. 2. th. 10. n. 49.*

Advocatus munerum personalium immunitatem habet.

AD THES. XIX.

INTERVENIENDO ILLI] Usum practicum vide in *ordin. proc. Saxon. tit. 15.*

VEL ACTORI VEL REO SE ADJUNGUNT] Fit autem adjunctio illa dupliciter, vel pro suo proprio jure, vel per assistentiam pro jure actoris aut rei. Carpz. *in proc. tit. 4. art. 2. n. 1. seqq.*

UT FOEMINA] Jure Saxon. haec nec pro se potest, sed semper Curatore opus habet.

AD-

ADVOCATI OFFICIUM] De jure Saxon. adde *ord. proc. tit. 5. & quæ ibi citantur alia loca.*

XX. Procurator est, qui alienam litem, mandato Domini, in judicio persequitur. *A parte Rei, si accesserit, defensor proprie appellatur, l. 33. §. ult. ff. h. t.* Omnis ille, qui non prohibetur vel ipso jure, *ita ut si de facto admittatur, judicium retro nullum sit*, infantes, furiosi, prodigi *l. 43. pr. h. t.* Vel per exceptionem, minores viginti annis, infamis, mulier, miles, *l. quia l. alienam. l. 13. C. hic. Admittuntur autem Procuratores in omnibus causis civilibus regulariter, l. 2. l. fin. C. de procurat. Exceptis causis popularibus, ubi Procurator ex parte actoris non admittitur, l. 42. hic. In criminalibus non aliter, quam ad absentiæ causas allegandas l. 33. §. 2. ff. de procurat. l. 2. C. eod. l. 3. de accusat. Dissentit Vultejus discept. scho. 11.* Procurator quisnam? Defensor quis dicitur? In causis popularibus & criminalibus quat. procuratores admittuntur?

AD THES. XX.

PROCURATOR] Vide *d. tit. 5. ord. Proc.*

IN JUDICIO] Hæc verba describunt in specie Procuratorem judicialem seu litium: Præter quem etiam est Procurator extrajudicialis seu negotiorum. Si igitur verba: *In judicio*, omittas, definitionem habebis procuratoris in genere *l. 1. pr. de procurat.* Struv. *ex. 7. th. 24.* Schüz. *de procurat. p. 52.*

DEFENSOR DICITUR] In significatione lata. Latissima & stricta significatione defensor quid denotet vide ap. Eckolt. *de procurat. §. ult.*

MINORES VIGINTI ANNIS] De jure Canon. quidem, quod sequuntur mores nostri, minores non possunt esse procuratores *cap. 5. de procurat. in 6.* bene tamen de jure civili *arg. l. 43. §. 1. de procurat. §. 5. Inst. qui & ex quib. caus.* Schüz *de procurat. p. 53. in P.* Struv. *ex. 7. th. 30. & in resol. ibid.* ubi respondet ad textus obstantes

INFAMIS] De Jure Canon. (quod iterum sequuntur mores, Huber *ad Inst. de except. th. 13. p. 380.* Hahn. *ad VVesenb. h. t. f. 239.* Adde *ordin. Cam. P. 1. tit. 18.*) certum est infames non posse esse procuratores *can. 1. caus. 3. qu. 7.* At jure civili quidam arbitrantur, quod ex Justiniani constitutione infamis possit esse procurator *§. ult. Inst. de except.* vid. Struv. *d. exerc. 7. th. 31.* quibus tamen respondet Huber. *d. l.*

MULIER] Nisi sit procuratrix in rem suam, item in subsidium in causa liberali & aliquando etiam pro parentibus *l. 4. C. de procurat. l. 41. ff. eod. l. 3. §. 2. delib. caus.* Sed & hoc tamen moribus Saxon. cessat.

IN CRIMINALIBUS NON ALITER] Adde omnino Struv. *d. ex. 7. th. 33. 34.* Schüz *ad h. t. p. 53. in O.*

XXI. Effectus procurationis susceptæ est, quod procurator post litem contestatam dominus litis fiat, *l. 23. 24. C. h. t. & ob id cum eo omnes actus judiciales expediri, & in ipsum sententia ferri debet. l. 1. C. de sent. & inter. licet regulariter tam ejus commodum. l. 27. in* Procurator post litem contestatam fit dominus litis.

Quo sensu? *fin. cum l. seq. ff. de procurat. quam incommodum ad ipsum Dominum redeat. Tenentur tamen Domino actione mandati. l. 46. §. 4. ff. h. t. l. 8. §. 1. ff. mand.*

AD THES. XXI.

EFFECTUS] Plures effectus vide apud Eckolt. *ad h. t. §. 11.* Schütz *d. l. p. 54. in f.*

IN IPSUM SENTENTIA] Quod tamen non observat praxis judiciorum nostrorum.

DISSERTATIO XXIV.

De Citatione, Libello, & aliis Judiciorum Præparatoriis.

RESPONDENTE
BENEDICTO Schnabel / Noriberg.

APHORISMUS I.

Processus quidnam? Processus alius erat jure veteri & quidem triplex. Alius jure novo & hodierno est. Secundum processum hodiernum quædam judicium præcedunt, quædam in ipso judicio fiunt, quædam sequuntur. Quæ judicium præcedunt sunt vel substantialia vel accidentalia. Substantialia sunt I. Citatio. Citatio differebat a veteri in jus vocat.

FOrmale judicii est ipse Processus seu ordo & modus procedendi in cognoscendis decidendisque causis forensibus, *qui alius erat jure veteri, & quidem triplex, pro triplice de eo legislatione. Prima fuit L. XII. tabb. cui & alia aliquod LL. judiciaria conjungi debent. Altera Lex Julia. Tertia Justinianea. Vide Gipban, de ordine judic. lib. 1. c. 3. Jure novo, secundum hodiernam fori consuetudinem, quædam Judicium præcedunt, quædam in ipso Judicio fiunt, quædam sequuntur,* quæ judicium præcedunt, *seu præparatoria, vel substantialia sunt, vel accidentalia.* Substantialia sunt I. Citatio, *quæ jure veteri ab in jus vocatione differebat. Hæc enim non fiebat, nisi ab actore propria autoritate* adhibita etiam & injecta manu, nisi protinus sequeretur vocatus: Auctor ad Herenni. lib. 2. Lege, ait, ius est, id quod populi iussu sancitum est, quod genus, in ius ut eat cum voceris. Vide Fabrot. ad parat. C. de in ius voc. Gipban. de ord. judic. lib. 1. c. 12. Duar. 1. anniv. disp. 7. Vocationis formula erant hæ: In Jus te voco, in ius veni, in ius ambula, quæ notissima sunt ex Plauto, Terentio & aliis, quod legibus 12. tabb. cautum erat, l. 18. h. t. l. 21. eod. & non nisi cum in Jure nondum ventum esset: Citatio autem fiebat voce Præconis. l. Divus 7. π. de restit. in integ. Unde præco, vox legis vocatur. Nov. 69. Ascon. comm. in 3. Verrin. Hoc genus citationis barbari nostri, Proclama, appellant, & quasi Græcum, inflectunt,*

ut

ut poëma, programma &c. quo nihil stultius unquam Latio accidit. Vel edicto publice proposito. l. Senatus. 15. §. Divus. ff. de Jure Fisc. Hodie vero vox citationis absorpsit vocem in Jus vocationis, & utraque utimur promiscue. Est rei, ad Judicem iudicii suscipiendi causa vocatio. Atque vel realis, vel verbalis. Illa apprehensione personæ fit: hæc vero vel viva apparitoris voce, vel scripto, vel edicto publico. Sed & hæc insignis nominum est confusio, aliud enim est citari, seu iuberi adesse, aliud est prensio:

Quibus formulis fiebat in jus vocat.

Citatio, quæ voce præconis fiebat, hodie thale appellatur proclama.

Citatio hodie quid?

AD DISSERTATIONEM XXIV.

AD THES. I.

ADHIBITA ETIAM ET INJECTA MANU) Dissent. Vaud. *l. 1. qu. 16.* Bachov. *ad Treutl. vol. 1. disput. 4. th. 1. lit. B.* quibus respondet Feltmann. *ad l. 1. de in jus voc. f. 312.*

HODIE VERO VOX CITATIONIS] Usum practicum citationis in processu ordinario, vide in *tit. 4. ord. proc. Saxon.*

ET UTRAQUE] Scil. voce, non reipsa, nam in jus vocatio plane molevit.

VEL VIVA APPARITORIS] Primi duo modi spectant ad citationem verbalem ordinariam, edictalis ad extraordinariam. Struv. *ex. 5. th. 12.*

SED ET HÆC INSIGNIS] Improbat vocem citationis realis. Sed, absque causa, nam & in citatione reali reus prius jubetur adesse, & si huic jussui statim non pareat, demum prehenditur. Vel si hæc auctoris *ratio* procederet, nec in jus vocatio convenienter olim dicta fuisset, quia & hæc fiebat injectione manus.

II. Utraque vel Simplex est, *seu dilatoria*, vel peremptoria. Illa absque præcisa comparitionis comminatione emittitur: *& eiusmodi tres, post legitimum decem dierum intervallum, emissæ vim peremtoria habent, hæc præcisam comparitionem imperat.* Citare autem possunt omnes, *tam delegati, quam ordinarii, & debent etiam citare, etiam Princeps, ut nec ex plenitudine potestatis intermittere possit.* Universos, Jurisdictioni subjectos, *l. ult. ff. de Jurisd. l. 5. de Jud. Si qui vero vocantis iurisdictioni non subsint, eorum magistratus invitandus, ut eos adesse iubeat, quod vocant, citare in subsidium iuris. Possunt etiam edicto evocari. Vide Gail. O. 58. Coler. de process. exsec. p. 1. c. 3. n. 204. Berlich. p. 1. concl. 8. Citari possunt etiam ex alia causa præsentes,* nisi vel in totum, *ut Magistratus maior durante officio, l. 2. pr. ff. de in ius vocand. Pontifex Sacra faciens, d. §. 2. Nuptias contrahens, Judex de causa cognoscens & similes, d. l.*

Citatio dilatoria.

Peremtoria.

Citare in subsidium juris.

2. Vel

2. Vel sine venia in jus vocari prohibeantur. *Quales sunt * hodieque parentes, l. 4. §. 1. de in Jus vocand. Patroni & horum parentes & liberi & similes.* In omnibus actibus, qui requirunt causæ cognitionem, *etiam summariis, non tamen notoriis, Mynsing. 6. obs. 6. Neque interest an ad singulos actus judiciarios, an ad totam causam fiat, Mynsing. 4. obs. 33. n. 4. l. 3. C. qui accusare non poss. cap. ult. X. de dolo & contum.*

In notoriis citatio non est necessaria.

AD THES. II.

VEL SIMPLEX EST] Struv. *d. th. 11.*

IN SUBSIDIUM JURIS] Excipiuntur citationes consistoriales, in quibus judex secularis imploratur absque mentione vocis in subsidium, Vide Erleb. der L. Gebr. de ann. 1612. von Consistorial-Sachen §. 6.

EDICTO EVOCARI] Scil. illi, qui jurisdictioni judicis citantis non subsunt, quod fieri potissimum solet in concursibus. Sed tunc non tam citantur ut rei, & odiose, sed ut actores & favorabiliter, ut scil. veniant, & credita sua cum aliis creditoribus liquident. Adde Eckolt. *de in jus voc. §. 12.*

CITARI POSSUNT ETIAM] Imo debent. vide Struv. *ex. 5. th. 10.*

NISI VEL IN TOTUM] Quid hodie circa has personas obtineat vide apud Dn. Schilter. *ex. 7. th. 8.* Struv. *d. ex. 5. th. 9.*

QUALES SUNT HODIEQUE] Vide quæ prænotavimus supra *ad dissert. 22. th. 5. verba: actio de in jus vocando.*

IN OMNIBUS ACTIBUS] Nam citatus ad certam causam cogi non potest, ut ad aliam, ad quam citatus non est, respondeat per *l. 1. §. 3. de judic.* Eckolt. *de in jus voc. §. 15. n. 4.*

NON TAMEN NOTORIIS] Imo & notoriis. Vide Schütz *de in jus voc. p. 15. init.* Struv. *d. ex. 5. th. 10.* quia scilicet citatio ita est de essentia processus, ut nec princeps ex plenitudine potestatis eam intermittere possit, quod auctor modo assensit. Videndum tamen, annon hæc distinctione dissensio dirimi possit: an notorietas sit tanta, ut non requirat ulteriorem causæ cognitionem, an vero causæ cognitio adhuc necessaria sit, ita ut priori casu sententia auctoris procedat, posteriori dissentientium *arg. cap. cum olim 12. X. de re jud.*

AN AD TOTAM CAUSAM] Quæ citatio generalis dici solet & Juri Civili est incognita, neque probatur textu ab auctore citato. Vide Hahn. *ad Wesenb. de in jus voc. n. ult. f. 152. b.* In Camera vero Imperiali obtinet ut & in tribunali regio Vismariensi ac Dicasterio provinciali Delphico, Vide Martini *ad ordin. process. tit. 4. p. 145.* Jure vero Saxonico citatio specialis ad singulos actus judiciales potissimum in usu est.

Quænam in conceptione citationis exprimenda?

III. In conceptione hujus sex potissimum exprimenda sunt. I. Nomen actoris, *arg. c. ult. X. de rescr.* II. Nomen judicis citantis, *arg. l. antep. ff. de ind. ut citatus scire possit, an is Judex competens*

petens sit, nec ne. III. Nomen & cognomen rei conventi, *c. quia nulli. c. Rodolph. X. eod. Quod si plures sint citandi, omnium nomina sunt exprimenda. Non vero si consortes appellationis & contreditores, Rec. Imp. 60. §.* Hinfurth an sollen. *103.* IV. Actoris Intentio & causa, *l. ex quacunque causa, pr. ff. si quis in Jus voc. l. 2. §. 3. de iud.* V. Locus. *l. 21. §. si arbit. ff. de rec. arb. l. 58. de iudic.* VI. Tempus, *c. fin. X. de Rescr. Quo omisso, citatio non valet, d. c. fin. c. cum dilecti. 6. X. de dol. & contum. Et frustra alias iure civili in causa civili, olim quidem decem, l. 69. de iudic. hodie ex Nov. 112. c. 3. XXX. dies continere iubetur. Computatur autem semper ultimus dies in termino. l. 1. §. quod dicimus. ff. de succ. ed. l. 30. de adult. Et non a tempore decreta citationis: sed insinuata demum incipiunt currere, l. 1. §. fin. ff. quan. app. l. annus in fin. ff. de calum. ita ut is dies non computetur, quo citatio fuit exhibita. Dn. Carpzov. Jurisp. 1. 2. 23.*

Dies citationis currunt a die insinuatæ citationis.

AD THES. III.

SED POTISSIMUM] Adde Magnif. Dn. Ordinar. *disput. priori ad universum jus judiciar. th. 39. lit. a.* Schütz. *de in jus vocando p. 15. lit. f.* ubi etiam exponit requisita necessaria ratione insinuationis. Confer & Martini *ad d. tit. 4. §. 1. p. 149. seqq.*

QUOD SI PLURES SINT CITANDI] De jure Elect. Saxon. vid. *ord. proc. d. t. 4. §.* Würden auch mehr *Litis consorten* & c. und solches soll. *ibique Martini.*

HODIE EX NOV.] Hodie in Camera terminus est arbitrarius Gail. *l. 1. O. 58.* in Saxonia spatium 6. septimanarum & 3. dierum præfinitum est. *Ord. proc. Saxon. d. t. 4. §. 1.* Carpzov. *P. I. c. 2. d. 25. & in Proc. t. 1. art. 2. n. 46.*

COMPUTATUR AUTEM SEMPER ULTIMUS DIES] Hæc quæstio tum locum habet, si in citatione *v. g. post dies triginta* reus jubeatur comparere. Si vero, uti plerumque fieri solet, in judiciis nostris, certa dies pro termino præfigatur v. g. *d. 5. Martii d. 6. Octobris* &c. quæ hic de computatione traduntur, parum habebunt usus.

IV. Effectus citationis est, quod judicis delegati jurisdictionem perpetuat, *Duar. ad l. 6. de Jurisd. c. ult. & ibi gl. X. de off. deleg. Umm. disp. 5. thes. 13. n. 71.* Præscriptionem interrumpit *quamlibet, non modo longissimi temporis, l. 3. l. idem notissimi. 7. C. de ann. præscr. 30. annor.* * *Sed etiam longi temporis, tricennalem, l. 2. C. de exc. Novell. 119. §. ultra. auth. mala. C. de long. temp. præscr.* Litis pendentiam inducit, *Clem. ult. ut lite pend. Dn. Carpz. Resp. 1.*

Citationis effectus quinam?

 3. 50.

3.30.4. per l. si quis. 7. ff. de iudic. Actionem autem iure civ. non perpetuat. Et vix esse videtur, ut iure Canonico. Vide Bachov. ad Wesemb. par. de in ius voc. not. ult.

AD THES. IV.

LITISPENDENTIAM INDUCIT] Et præventionem, modo ea habeat requisita, quæ in thesi præced. sunt exposita, licet in Curia Lipsiensi eam quoque citationem, quæ per ministrum publicum, nec nominata causa, nec addito nomine ejusdem, qui citationem impetravit, fieri consuevit, sufficere faciat observantia, docente id Magnif. Dn. Ordin. *ad disput. prior. ad univers. jus iudic. th. 40. lit. a.*

SED ETIAM LONGI TEMPORIS] Adde Hahn. *ad Wesemb. h. t. n. ult. f. 153. b.*

ACTIONEM AUTEM JURE CIVILI NON PERPETUAT] Adde iterum Hahn *ad Wesemb. d. f. 153.* Nam hic effectus potius litis contestationi est attribuendus *per l. 1. §. 1. C. de ann. except.* Facit *ord. proc. Saxon. t. 6. §.* dieweil aber *in fine*, Verbis: biß auf die *litis contestation*, dadurch *actio injuriarum perpetuiret* wird.

Ad Substantialia pertinet. II Libelli oblatio. Libellus quid? Hic offerendus primo judici, deinde reo. Partes libelli quot?

V. II. Libelli oblatio. Libellus est verborum conceptio, actoris petitionem, causam & actionem continens. *Non tamen necesse est, ipsum actionis nomen exprimere, vel iure civili, vel Canonico.* Estque vel simplex, qui continua serie constat, vel articulatus, qui propositionibus certis distinctus & formatus est. Offerendus primo Judici, *Nov. 53. c. 3. §. sancimus. Nov. 112. c. 1.* deinde Reo, *ut secum deliberare possit utrum cedere an contendere velit, l. 1. de eden.* In omnibus causis, *quæ ordinario processu expediuntur, sive civiles sint, sive criminales, l. ult. C. de annal. except. Nov. 53. c. 3. §. sancimus. l. 3. de accus. l. 16. 17. C. eod. l. 2. C. de his, qui accus. Partes duæ, narratio facti controversi, non iuris, nisi propter factum, ideoque ius, belli propositionem maiorem, narratio, minorem seu τὸ κριτήριον continet. Et conclusio, quæ est petitio narrationi subiecta. Cuius requisita his versibus comprehendit Hostiensis in genere:*

> *Quis, quid, coram quo, quo iure petatur, & a quo*
> *Recte compositus quisque libellus habet.*

In specie debet esse aptus, alias index eum ex officio potest reiicere, Wesenb. de eden. n. 8. Id quod ex conclusione potissimum animadvertitur: Tametsi, quoad eius fieri potest, sit sustinendus. Vult. Jurispr. 2. c. 29. Debet esse clarus & certus, auth. offeratur. C. de lit. contest. l. fin. C. de ann. exc. sibi ipsi conveniens. Non conditionalis vel alternativus.

AD

AD THES. V.

LIBELLI OBLATIO] De Juris Saxonici observantia vide *ord. proc. tit. 5.* Adde *Magnif. Dn. Ordin. d. disput. prior. ad univ. jus judic. th. 35. 36. 37.* Dn. Schilter. *ex. 7. th. 33. seqq.*

IPSUM ACTIONIS NOMEN] De jure quidem Canon. quod sequitur observantia, non est dubium *arg. c. 6. X. de judic.* At quoad Jus civile discrepant Dd. Plerique enim actionis nomen nec hoc jure in libello necessario exprimendum esse cum auctore arbitrantur. Vide Schüz *in comp. de edendo p. 31. in A.* Struv. *ex. 5. th. 40. ibique in resolut.* Eckolt *ad tit. de edendo. §. 6.* Martini *ad ord. proc. tit. 5. §. 1. n. 7. p. 176.* Hahn. *ad VVesenb. n. 7. alibique passim.* Et fateor non deesse responsiones ad textus, qui pro sententia affirmativa proferri solent, quas vide apud citatos auctores *dd. ll.* Quibus tamen non obstantibus placet sententia sentientium, quod Jure civili nomen actionis in libello exprimere necessum fuerit, propter rationes, quas sedulo collegit Dn. Reimers *in disp. de cautela abundanti in processu, sub præsidio Magnifici Dn. Stryki habita cap. 1. §. 1.*

VEL ARTICULATUS] Qui in foro Saxon. *P. I. const. 2.* & hodie etiam in Camera Imperiali non admittitur. *Rec. Imper. de an. 1654. §. Diesem nechst & §. zu Beförderung.* Magnif. Dn. Ordin. *d. disput. prior. ad univ. Jus jud. th. 35. lit. B.*

QUÆ ORDINARIO PROCESSU] Etiam quæ summario, quamvis in his sufficiat libellus minus solennis *per Clem. sæpe de V. S.* Magnif. Dn. Ordin. *d. l. lit. C.* Schüz. *in comp. p. 31.*

PARTES DUÆ] Scilicet necessariæ. Nam tertia, juris narratio, seu major propositio est minus necessaria. Conf. Eckolt *h. t. §. 5.*

ET CONCLUSIO, QUÆ EST PETITIO] In criminalibus tamen specialis petitio non requiritur *arg. l. 1. §. 4. ff. ad SCt. Turpil. l. 15. ad municip.* Vid. Carpz. *Crim. qu. 106. n. 14.* Dico specialis: Opus enim est, ut petat aliquo modo, & concludat accusator den Angeklagten der begangenen Ubelthat halber/ nach Anweisung der Rechte zu bestraffen. Hahn. *h. t. f. 171.* Conf. Oldekop. *dec. ult. qu. 3.* Gail. *l. 1. obs. 61. n. 18.*

DEBET ESSE APTUS] Adde Magnif. Dn. Ordin. *d. disp. 37. d.* Schüz *in comp. p. 32.*

VI. Accessoria libelli sunt actionum plurium cumulatio, *Vult. J. P. 2. c. 29. Quæ regulariter fertur permissa iure tam civili, quam Can. Vide dissert. praced. aph. 9. in f. Si nempe actiones non ad idem tendunt, vel sibi invicem sunt præiudiciales, vel repugnantes & contendunt, vel sibi invicem sunt praiudiciales, vel repugnantes & contraria.* Expensæ judiciales *quæ in libelli conclusione petuntur arbitraria. Vultej. d. l. Quamvis Iudex etiam in sola protestatione de futuris* *Vultej. d. l.* *Quamvis Iudex etiam in non petitas expensas victum condemnare possit.* Et clausulæ *salutares, per quas salvantur, quæ alias vitiosa, uti sunt ; omni meliori mo-* Clausulæ salutares in libello quænam ?

 do,

do, petendo ius & Justitiam administrari, implorando officium iudicis, nobile, salvo Jure addendi, detrahendi, minuendi, &c. Quæ tamen pleraque usitata magis quam necessaria videntur. Vide Gipban. ad l. 3. C. de Eden.

AD THES. VI.

CUMULATIO] Vide supra notata *ad dissert. praced. th. 9. 11. & 12.*

JURE TAM CIVILI] Vide iterum notata *ad dissert. praced. th. 11. verba: ergo cumulari possunt.*

EXPENSÆ JUDICIALES] Vide *Ord. proc. Saxon. tit. 36.*

QVAMVIS JUDEX ETIAM] Adde Carpzov. *P. I. const. 31. def. 10. 21. 22. 25.*

CLAUSULÆ SALUTARES] Diversæ solent addi libellis clausulæ ad juvandum actorem inventæ, quæ vel ejus exordio, vel narrationi facti, vel conclusioni adjiciuntur, quarum singulas cum accurata epicrisi recenset breviter Magnif. Dn. Ordin. *d. diss. th. 15. lit. d.* Hunc vero notabili plagio de verbo ad verbum exscripsit Schüz. *ad tit. de edendo p. 31. 32.* Adde Dn. Reimers *disput. de cautela abund. in processu.*

Quænam sunt accidentalia, quæ judicium præcedunt.

VII. Accidentalia *præparatoriorum Judicii præcipua* sunt I. Contumacia, quæ est erga judicem commissa inobedientia, *l. un. ff. si quis Jus dic. l. 53. pr. ff. de re jud.* Estque vel vera, *quando quis ter, vel semel peremtorie citatus, per malitiam latitat*, vel præsumta, *quando sufficienter citatus emanet, absque malitia. Requiritur autem, ut incusetur contumacia ab adversa parte, alias citatio circumducitur, l. 37. §. 1. de Judic.* * *Quibus frustra additur a Dd. tertia species, nempe evidens.* Utraque *respectu subjecti* vel actoris, *cujus pœna, ut, eo non comparente, reus absolutionem ab instantia & observatione judicii petere, l. 73. §. 1. de judic. Vel si nondum lis contestata, juxta l. 12. §. 2. C. de Judic. procedere possit: Lite autem non contestata secundum Nov. 112. c. 2.* Vel rei, contra quem emanentem *actori liberum est lite contestata, in causa principali vel ad definitivam procedere. de l. 13. §. 1. vel ante litem contest.* missio in bonorum possessionem peti potest, *l. 21. §. 2. ff. quib. ex caus. l. 8. §. pen. C. de præscriptio. ann.*

Scil. 1. Contumacia.

AD THES. VII.

CONTUMACIA] *Ordin. proc. Saxon. tit. 10.* Struv. *ex. 9. th. 59. & ex. 5. th. 31. in fine.*

ESTQUE VEL VERA] Hanc auctoris divisionem optime explicabunt ea, quæ collegit Martini *ad proc. d. tit. 10. p. 305. seq.*

Missio in bon. possessionem.

VIII. Missio in bonorum possessionem est jussus magistratus mix-

mixti imperii. l. 4. de Jurid. Non judicis pedanei, quo in *debitoris latitantis, etiam ejus, qui Procuratorem misit : sed cum insufficienti mandato, l. 2. §. defendi. ff. quib. ex caus. in poss. Imo & ejus, cujus Procurator legitime constitutus, contumax est, arg. l. 52. de R. J. l. 51. §. 9. de fideicom. lib. l. 35. §. ult. de procur. vel debitoris absentis (Jure enim civili absentes non condemnantur, nisi post litem contestatam contumaciter absint ; l. properandum. C. de judic. l. contumacia 53. π. de R. Jud.) Eadem est ratio mortuorum sine herede debitorum.* possessionem bonorum *universorum. l. 1. l. 2. pr. & §. 1. ff. quib. ex cau. l. 5. l. ult. C. de reb. aut jud. In actionibus in personam, l. 1. ff. quib. ex caus. arg. l. 7. §. 17. eod.* * *Quod nec jure novo mutatum, Nov. 53. c. 4. Non enim missioni sed distractioni modus ibi positus. Ita conciliatur quoque l. 6. §. 4. C. de his, qui ad Eccl. Quoad actiones reales, tam jure veteri, quam novo actor tantum in bona petita mittitur, l. 15. §. 19. l. 7. §. 17. ff. quib. ex caus. in bon. poss. si reus absit : sin latitet, in omnia bona, d. l. 7. §. 16. & seq. jure Can. indistincte in res petitas. c. ult. §. in aliis vero. Ut lit. non contest.* actor, *sed creditor, cui res pure debetur (non sub conditionem, vel cujus debitor exceptione tutus est, l. pen. in fin. d. t. l. 7. §. 14. de reb. aut. jud. l. 50. pr. de pecul. cum qua concilianda est, l. 6. π. quib. ex caus. Ita autem conciliantur : Creditor conditionalis mittitur quidem & ipse sed sine effectu pendente conditione. l. pen. π. Quib. ex caus. in poss. sed non potest mitti, ita ut vendat ante eventum conditionis d. l. 6.)* mittitur, custodiæ causa, *l. 12. π. quib. ex caus. l. 3. §. ult. de adquir. poss.* & pignoris in bonis occupatis constituendi gratia ; * *Sive sit actio in rem, sive personam. Ut tadio adfectus reus* veniat responsurus, *l. 5. pr. ff. ut in poss. leg. Non vero ad effectum possidendi. l. 3. §. ult. π. de adq. possess. l. 12. π. Quib. ex caus.*

Explic. Nov. 53 c. 4. & l. 6. §. 4. C. de his, qui ad eccles.

Concil. l. 50. de pecul. & l. 6. quib. ex caus.

AD THES. VIII.

MIXTI IMPERII] Hodie est illius, qui bassam habet jurisdictionem Schütz *quib. ex. caus. in poss. eatur. p. 454.*

POSSESSIONEM BONORUM UNIVERSORUM] Adde Struv. *ex. 44. th. 35.* Eck. *quib. ex caus. in poss. §. 4.* Aliter paulo Schütz. *d. l. p. 456.*

ITA AUTEM CONCILIANTUR] Alias conciliationes suppeditat Lickolt. *d. l. §. 1.*

IX. *Doctores hujus faciunt duplex decretum, primum & secundum. Sed perperam. In Jure enim civili nulla hujus primi & secun-*

Rejiciur h. l. distinctio Dd. inter decretum

primum & secundum. *cundi decreti fit mentio, nisi in cautione damni infecti. Deinde missio hæc non fit ex decreto, sed ex edicto Prætoris. Cujac. V. O. 31. A. Fab. 10. ... r. 6. Hillig. ad Donell. lib. 23. c. 15. lit. A. Tertio non dominii adquirendi causa, excepta cautione de damno infecto, sed ut*

Cui fini fit missio? *venditio permittatur. Fit igitur hæc missio ita, ut jubeat Prætor bona absentis aut latitantis possideri, ad hunc effectum, ut bona, in quæ mittitur, sub custodia & observatione habeat, non ut possideat, quo nomine Scævolam reprehendit Paulus in l. 3. §. ult. de adq. poss. l. cum legatorum. 12. ff. Quib. ex caus. Deinde ut pignus in iis adquirat Prætorium, de quo t. t. C. de prætor. pign. non secus atque ex*

Effectus missionis. *causa judicati. Hujus effectus impetrandi gratia dantur variæ actiones, ut actio in factum, quæ datur misso, sed non admisso, vel etiam dejecto per debitorem, de qua l. 1. l. 3. §. 1. & 2. l. ult. in f. ff. Ne vis fiat ei. Vel interdictum, de quo est l. 3. & 4. ff. Ne vis fiat ei. Vel actio hypothecaria. l. 2. C. de præt. pign. Vel actio in factum, de impensis vel sumtibus, ab ipso in res debitoris factis, de qua in l. prætor ait. §. generaliter & seqq. ff. de reb. auct. jud. poss. Alter effectus hujus missionis est vendici, sed hæc fit non propter absentiam, sed ob latitationem duntaxat l. 7. §. 1. Quib. ex caus. in poss. Et, vel per magistratum, vel per curatorem, qui bonorum dicitur t. t. ff. de Curat. bon. dand.*

Remedium transferendæ possessionis. *Diversum autem est ab isto remedium transferendæ possessionis. & ipsum quidem Prætorium, sed quo utimur adversus contumaces mentientes. t. ult. ff. de R. V. Nov. 18. §. pen. Vel contra nolentem aut venire vocatum, aut cavere jussum. l. consentaneum. C. Quom. & quan. Judex. l. 1. C. uti poss. l. 5. §. 1. ff. Ut legat. nom. l. 6. §. ult. de Carbon. & Gipban. de ord. judic. lib. 1. c. 25.*

AD THES. IX.

SED PERPERAM] Mutavit h. l. sententiam priorem auctor, quam fovebat in edit. priore. Ita enim ibid. *Vel ex secundo* (decreto fit missio) *quamvis fint, qui secundum decretum non agnoscant: ut & Donellus & Enucleator ejus. Quando contumaciter rei negligentis missionem, probato fraudandorum debitorum gratia latitare, possideri possessione civili ac venire bona magistratus jubet l. Fulcinius 7. h. t. Quo differt hæc missio ab illa, quæ fit causa damni infecti. Nam in missione isthac ob damnum infectum non simplex possessor constituitur missus; Sed excluso veteri domino ipse accipit dominium prætorium. Sed in nostra missione possessionem quis accipit, non ad hunc effectum, ut dominium & usucapiendi conditionem habeat, sed ut bona distrahantur, & ex pretio rerum*

aliæ

Digitized by Google

alteri satisfiat: Proinde nec fructus lucratur, sed quos ante percepit, in usuras, aut sortem computare cogitur. Hic vero Donelli sententiam secutus Autor rejicit secundum decretum: Conf. Struv. *ex. 44. th. 40. Esse autem aliquod primum, & aliud secundum decretum inde constat, quod prætor primo in bona contumacis ire jubeat l. 1. quibus ex caus. in possess. eatur, & postea si is in contumacia perstiterit, etiam possideri & vendi l. 7. §. 1. eod. Addi possunt l. 15. §. 20 §. 21. & 33. quibus indicatur aliud esse in possessionem mitti, quod est primi decreti, aliud possidere jubere, dominii, quod est secundi decreti, cujus fit mentio in d. §. 20. per quod plene provisum vicino contra vicinum cavere recusantem. Zas. h. n. 27. Et licet Anton. Faber contra omnes statuat figmenta esse hæc decreta, tamen ex prædictis contrarium satis apparet, neque ejus opinio in praxi attenditur. Licet enim nonnulli plura decreta faciant, tamen illa ad duo priora commode referuntur. Germanis dicuntur:* Der Einsatz aus erstem und ander Erkäntnüß *&c.* Hahn. *ad VVesenb. de damn. inf. n. 3. f. 284.* Adde omnino Brunnem. *in repetit. parat. VVesenb. ad tit. de damn. inf. qu. 14. usque ad quæst. ult.*

IN JURE ENIM CIVILI] Ad hanc rationem responderi potest ex modo recensito Hahnii loco.

DEINDE MISSIO HÆC] Decretum & edictum non sunt opponenda sibi sed subordinanda, tanquam causa remota & propinqua: Missio quippe ista ex decreto est immediate, ex edicto Prætoris mediate.

TERTIO NON DOMINII] Hæc ratio non in totum rejicit missionem ex secundo decreto, sed infert saltem alium esse effectum seu finem missionis ex secundo decreto in causa damni infecti, quam in aliis causis, quod nec illi, qui duplicem missionem admittunt, diffitentur.

DIVERSUM AUTEM EST] Omisit in hac thesi auctor & alia quædam, quæ in priori editione inveniuntur, ubi verbis nota prima ad h. thes. recensitis sequentia subnectit: *Et si puniatur, qui citationi non paret. Aliter, qui, quod extremum in jurisdictione non facit ex l. un. ff. si quis jus dic. non obtemperaverit, i. e. qui executionem adversus se fieri impedivit, contra quem datur actio magistratui in factum, non in id, quod interest actoris, sed quanti ea res est. d. l. un. ubi se offensio magistratus & contemtus jurisdictionis.* Quæ verba, ut apparet, continent synopsin *tit. ff. si quis jus dic. non obtemp.* iisque nihil addendum habeo, cum omnia, quæ in eo continentur, recte explicuerit Auctor. Adde Eckolt. *ad d. tit.* Est autem adhuc hodie istud remedium in usu Hahn. *ibid.*

X. II. Dilatio *iure Romano, non nisi probationum causa dabatur. t. t. C. de dilat. & l. 7. & ult. π. de fer. & dilat. quia actor instructus ad iudicium venire debet. l. 2. C. d. t. & hinc est, quod nulla detur dilatio nisi causa cognita l. 4. C. d. t. l. ult. π. eod. sed more nostri fori quo ad omnes actus dilationes quæruntur* est rei agendæ *seu actus alicuius expediendi,* ad alium diem *seu terminum adsignatum* reje- II. Dilatio. Non datur dilatio nisi causa cognita. Est vel conventionalis vel judicialis.

rejectio. Estque vel conventionalis, vel judicialis. Hæc *varia est, vel citatoria, quæ terminus citato ad comparendum præfigitur: Vel deliberatoria, quæ post porrectum libellum datur reo ad deliberandum. Vel* præcipue probatoria, *ubi spacium aliquod temporis conceditur, intra quod probari debet cuiusquam intentio, causa cognita & parte citata, l. 1. C. de dilat. l. 4. C. de fer. l. 6. C. de temp. & int. rest.* Et in judicio civili pecuniario non nisi una *regulariter (excepto, si legitima causa subsit, l. 7. ff. de fer. uti vis maioris, tempestatis, valetudinis &c. l. 2. §. 3. ff. si quis caut. in iud. sist. caus. l. 6. §. ult. de fer. l. 36. l. 7. in fin. h. t.)* conceditur, *l. 3. l. ult. de fer.* In capitali sæpius, *nempe dantur reo tres, accusatori duæ, causa cognita, d. l. ult. h. t. Excepto crimine adulterii, in quo regulariter dilatio nulla datur, tum favore matrimonii, tum odio adulterorum, tum ob criminis qualitatem, quod testes vix admittit, propter quos conquirendos dilatio datur. Spatium autem dilationis plerumque est arbitrarium. In probatorio, tres aut sex, aut novem menses, secundum moderamen locorum lege expressi sunt, l. 1. & ult. C. h. t. Et continuum, ut nec feriæ subducantur, l. 3. C. de dilat. * Dies autem termini non computatur in termino, h. e. dies data dilationis in dilatione ipsa non numeratur, l. 101. de R. J. l. 4. §. hac in maritis l. 11. §. sexaginta dies, ad L. Jul. de adult.*

An & quot in judicio capitali dilationes dentur.

AD THES. X.

NONNISI PROBATIONUM CAUSA] Scilicet dilatio judicialis. Nam conventionalem & legalem forte non negabit Auctor.

VEL CONVENTIONALIS, VEL JUDICIALIS] Vel legalis, quæ datur a lege ipsa, invito quoque Judice, qualis est decendium ad appellandum *auth. hodie C. de appellat.* annus ad appellationem prosequendam *auth. ei qui C. de temp. appellat.* Franzk. *ad ff. de feriis n. 37.* Eckolt. *ibid. §. 10.* de hac dilatione legali quæritur: An judex possit terminum lege præscriptum pro arbitrio suo coarctare aut prolongare? quam quæstionem distincte explicat Struv. *ex. 5 th. 37.* & fusius Hahn. *ad VVesenb. h. t. n. 17. f. 16. seq.* ubi conciliatur *l. 11. ff. de re judic. cum l. 1. C. h. t.*

NONNISI UNA REGULARITER] Mores fori nostri Saxonici aliud observant, non solum circa numerum dilationum probatoriarum, sed & circa tempus, *vide resolut. gravam. de ann. 1661. tit.* von Justitien-Sachen *§. 21. & 22. Ord. proc. tit. 20. §.* und biewell *4. & 5.* wie lassen auch *5. ibique Martini.*

EXCEPTO CRIMINE ADULTERII] Hæc auctor ex Franzkio *ad h. t. n. 38.* Fundatur autem exceptio ista in *l. 41. ff. ad l. Jul. de adult.* Eam vero si contuleris cum regula in *l. ult. ff. de feriis*, res dubio carere haud vide-

videtur. Uterque textus Pauli est. Et quidem *l. ult. ff. de feriis ex lib. 5. sentent. Pauli* desumta: *in pecuniariis*, inquit, *causis dilatio singulis causis plus semel tribui non potest. in capitalibus autem reo tres dilationes, accusatori duæ dari possunt*, SED UTRUMQVE CAUSA COGNITA. Lex 41. vero *ff ad l. Jul. de adulter.* inscriptionem *libri* 1. (forte legendum *libri* 2. propter mox dicenda) *sententiarum Pauli* præ se fert, ejusque hæc est sententia: *in crimine adulterii nulla danda dilatio est, nisi ut personæ exhibeantur, aut judex ex qualitate negotii motus hoc*, CAUSA COGNITA, *permiserit.* Vides hic & in adulterio admitti dilationem causa cognita, & in omnibus delictis capitalibus (imo & ex auctoris mente initio theseos non improbabiliter in omnibus dilationibus) non nisi causa cognita dilationem concedi secundum *l. ult. ff. h. t.* Exceptio igitur nihil peculiare habet a regula. Retinet tamen hanc exceptionem cum Franzk. Hahnius *ad VVesenb. h. t. n. 12.* Eckolt. *ad h. t. §. 11. in causis capitalibus*, inquit, *accusatori duæ, reo tres dantur d. l. fin. ff. h. t. in adulterio tamen nulla conceduntur l. 41. ff. ad L. Jul. de adult. nisi causa cognita d. l. 14. & sic concordat cum l. fin. ff. h. t.* qui adeo *d. l. 41.* non ut exceptionem a regula, sed ut legem obstantem regulæ considerat. Si tamen verba Pauli *in d. l. 41.* accuratius consideres, videtur utique Paulus ibi aliquid singulare tradere voluisse. Si enim in omnibus dilationibus causæ cognitio præcedere debeat, quid opus habuisset Paulus id de causa adulterii in specie notare? Mihi igitur videtur, salvo aliorum judicio, in *d. l. 41.* Tribonianus verba: *aut judex ex qualitate &c.* textui Paulino de suo addidisse. Conjecturas hanc in rem profero sequentes. Antiquis temporibus adulterium non fuisse crimen capitale, notarunt jam Dd. non pauci: Ex pluribus vide VVissenbach. *in ff. ad L. Jul. de adult.* Quamvis ergo tum temporis in pecuniariis causis (sub quibus videtur Paulus *d. l. ult. ff. h. t.* omnes causas non capitales comprehendere) dilatio regulariter, causa cognita, semel concedi solita fuerit; non tamen voluerunt veteres eandem in causa adulterii concedere, cum causæ cognitione hoc casu ne quidem videretur opus esse, sed ob rationes ab Auctore ex Franzkio allatas semper deneganda statim appareret. At temporibus Triboniani crimen adulterii capitale erat, ideoque cum Tribonianus in locum Pauli de adulterio incideret, & istæ rationes amplius in adulterio locum non haberent, cum in causis capitalibus maxime favorabiles sint reorum partes, potissimum in dilationum materia *d. l. ult. h. t.* probabile est eum *d. verba ultima* loco Paulino addidisse & ita eundem regulæ communi de dilatione in causis capitalibus accommodasse. Confirmant me in ista opinione non solum fragmentum sententiarum Pauli, Cujacii Codici Theodosiano annexum, ubi *lib. 2. tit. 26. de adult. §. ult.* hæc solummodo verba lego: *In causa adulterii dilatio postulata impertiri* (alii: *impetrari*) *non potest*; sed & aliæ textuum vetera tempora, quibus adulterium haud erat capitale, respicientium interpolationes a Triboniano nulla alia ex ratione commissæ, quam quod illos ad sua tempora non quadrare videret. Adducit VVissenbachius *in Emblem.*

Tribon. p. m. 407. & 410. hujus rei duo exempla, unum *ex l. 18. C. de transact.* alterum ex *l. 9. C. ad L. Jul. de adult.* Habebis igitur in *d. l. 41. ff. eod.* novum exemplum Emblemaum Triboniani a VVissenbachio omissum.

III. Feriæ. XI. III. Feriæ *a feriendis hostiis olim rerum divinarum gratia: Ut dies festi hominum causa: Macrob. 1. Satur. Isidor. lib. 5. orig.* Ordinariæ. sunt dies a judicialibus actibus vacui. Suntque vel ordinariæ *&* Quæ vel divinæ. *solennes*, eæque tum divinæ, quæ cultus divini gratia institutæ, *& enumerantur in l. 2. 7. & ult. C. h. In his ne quidem consensu partium actus contentiosæ jurisdictionis expediri possunt, l. 2. l. ult. C. h. l. ult. ver. h. t. Etsi coram arbitrio agatur. l. 7. C. h. t. vel a partibus feriis fuerit renunciatum. Exceptis transactionibus & amicabilibus compositionibus, l. ult. C. h. t. Sed idem etiam quoad actus voluntariæ jurisdictionis, l. 2. & 8. C. h. ubi duntaxat emancipatio & manumissio excipitur. Quod si feriæ in diversis locis discrepent, ex diversitate religionis & fastorum, utriusque religionis ratio est habenda, ne dies forte feriatus cum periculo conscientiæ, aut præjudicio religionis probatæ profanetur.* Vel profanæ. Tum profanæ, *eæque vel honorariæ, ut dies natales Romæ & Constantinopolis, d. l. 7. C. h. t. Imperatorum &c. Anni jubilæi Academiarum & similium; Vel utiles* ob agriculturam, *ut dies messium & vindemiarum, l. 1. h. t. Illi incipiunt de Jur. civ. ab. 8. Kal. Julii (28. Junii) & durant usque ad Kal. August. Hi a X. Kal. Sept. (23. Aug.) usque ad Idus Octobr. (15. Octobr.) l. 2. C. h. t. (quæ lex non Theodosii, sed Theodarici Regis est. Goldast. præf. tom. 3. const.) Nisi loci consuetudo aliud efflagitet, l. 4. h. t. Et hæ non solis agricolis: sed omnibus prosunt.* Vel mercaturam, *nundinæ. l. un. C. de nund. quæ auctoritate Principis exercentur Vide Franzk. n. 18.*

AD THES. XI.

SUNTQUE VEL ORDINARIÆ] Hæ duæ divisiones feriarum ita immixtæ sunt, ut utraque possit esse ulterius subdivisio. Auctor cum Eckolto & Schitzio hic incipit a divisione in ordinarias & extraordinarias. Contra Dn. Struv. *ex. 5. th. 34.* initium divisionis facit, quod feriæ sint vel divinæ, vel humanæ, divinæ vero vel ordinariæ vel extraordinariæ.

TUM DIVINÆ, QUÆ CULTUS DIVINI] Divisio feriarum in divinas & humanas duplicem intellectum habet: Fundamentum enim divisionis est vel causa efficiens, vel finalis. Priori modo feriæ divinæ sunt, quæ a Deo ipso institutæ, humanæ, quæ ab hominibus. Posteriori in feriis divinis

vinis spectatur cultus Dei, in humanis honor vel utilitas hominum. Patet autem ex auctoris descriptione, eum ferias a fine ita divisisse.

ET ENUMERANTUR] Scilicet dies dominica, & tria festa, Paschatos, Pentecostes & Nativitatis Christi. His etiam accensent Dd. festa in memoriam Apostolorum ad cultum divinum instituta. Struv. *ex. 5. th. 34.* quamvis in his post operam sacris dicatam litibus & aliis negotiis vacemus, ut adeo feriæ divinæ subdividi possint in ferias integras & semiferias. Frantzk. *h. t. n. 19.* Schütz. *h. t. p. 39. in* †

IN HIS NEQUIDEM CONSENSU] Adde Frantzk. *n. 23. seqq.*

ACTUS CONTENTIOSÆ JURISDICTIONIS] An die feriato Citatio emitti possit, quæritur? Eckolt *ad h. t. §. 5.* id negat: *neque citatio,* inquit, *emitti potest l. ult. C. h. t. unde communis & consueta clausula citationibus addi solet: Si erit dies feriata, compareat die sequenti non feriata.* Sed hæc UNDE minime concludit: Aliud enim est citationem emittere die festo, aliud: citare ad diem festum. Cæterum quæstionem ipsam quod concernit, distinguendum ante omnia inter ferias divinas & humanas. Feriis humanis citationem emitti, & insinuari posse nullum est dubium vid. Brunnem. *repetit. parat. VVesenb. h. t. qu. 5.* Nicol. *in proc. p. 1. c. 4. n. 20.* At de feriis divinis communiter negatur quæstio. vid. Brunnem. *d. l. & ad l. fin. C. de feriis* Nicol. *d. l. &, quos ibidem citat, alios,* per *l. 1. & l. fin. C. de feriis c. 2. & ult. X. eod.* Contra affirmat Gailius *l. 1. obs. 53. n. 5. & 7.* Rutg. Ruland. *de commiss. P. 1. lib. 6. c. 3. n. 21.* Et fateor non contemnendas esse rationes Gailii: neque *l. 1. C. de feriis c. 1. & ult. X.* eodem quicquam pro negativa probant. In *l. fin. C. eod.* omne refugium est: Potissimum adducuntur verba: *Nulla quenquam urgeat admonitio*, quæ quidem mihi videntur loqui de admonitione, quam creditor facit debitori ob solutionem, wenn der Creditor den Schuldner mahnet; Sequitur enim statim: *nulla fidejussionis flagitetur exactio,* adeoque priora verba prohibent admonitionem debitoris principalis, sequentia debitoris accessorii, seu fidejussoria. Porro adducuntur ex eadem lege verba: *Præconis horrida vox silescat.* Sed & his verbis Dd. communiter putant vetari non citationes, sed subhastationes, quæ fiebant præconis voce, vide Gottofred. *in not. ad d. l. fin. lit. a.* Ipse Gottofred. *ibidem lit. b.* quæstionem hanc ex verbis ultimis: *Vel cujuscunque Judicis apparitor, prætextu negotii publici, seu privati, hæc, quæ hac lege statuta sunt, crediderit temeranda* decidere allaborat. Ita enim ad eadem notat. *Citatio facta die feriata non valet, sed nec ad diem feriatum, sed etsi fiat, ut quis sistat ad diem non feriatum, non valet.* Verum & hæc ultima verba ad antecedentia expresse se referunt, & violationem eorum, quæ in antecedentibus statuta erant, apparitori prohibent. Ergo si in antecedentibus non prohibita est citationis emissio, nec hic eadem prohibetur. Quapropter consideranda erit potissimum loci observantia. In nostris vero judiciis videtur sententia Brunnemanni & Nicolai in usu esse.

EXCEPTIS TRANSACTIONIBUS] Nec his tamen indistincte vid. Struv. *ex. 5. th. 35. & in resolut. ibid.*

ACTUS VOLUNTARIÆ JURISDICTIONIS] Franzk. *h. t. n. 26.* Struv. *d. th. 35.* Adde tamen Dn. Schilter. *ex. 7. th. 26.* Quid autem de studiosis dicendum; an illis die dominica literis incumbere fas erit? *Affirmandum utique*, inquit Eckolt. *h. t. §. 3. modo id fiat absque vitio omissionis audiendi verbum Dei: Nam*

> *Qui vult Sanctorum celebrare singula festa,*
> *Non poterit rite cum Codice scire Digesta.*

Verum cum versiculus iste de festis Apostolorum loquatur, inter quæ & ferias reliquas divinas differentiam esse modo notavimus, patet eundem ad quæstionem de die dominica incongrue afferri. Illud quidem certum est, si post finita sacra artis sagittariæ exercitio, ludis Comicis, pilæ, palæstræ, trochi & similibus, Sabbathum non profanatur, multo minus profanabitur studio, nisi dicere velis, satius esse spectaculis interesse, quam literis dare operam, quo pacto tamen non consentiet Auctor libri *de decem chordis*, satius esse asserens, Judæos in Sabbatho operari, quam spectaculis interesse, probatus propterea a Carpz. *lib. 2. Jurispr. Consist. definit. 253. n. 13.* Jam vero exercitium artis sagittariæ, ludorum Comicorum, & similium, permittendum esse finitis sacris docet Carpzov. *d. defin. 255.* varias ordinationes & præjudicia eam in rem adducens; Magis pia tamen mihi videtur sententia B. Brunnemanni *de Jure Eccles. lib. 2. cap. 1. memb. 1. §. 10. p. 298.* & Magnif. Dn. Strykii *in not. ibid. p. 300.* a Carpzovio dissentientium. Et adeo cum studia (profana scilicet i. e. ea omnia quæ, circa verbum divinum non sunt occupata) sint æque Studiosorum labores ordinarii, quam operæ manuales & mercatoriæ mercatorum & opificum; ab horum prohibitione *vide Carpz. d. l. defin. 250.* ad prohibitionem studiorum, recte videtur concludi posse.

QUODSI FERIÆ IN DIVERSIS LOCIS] Si ergo discrepent feriæ, in loco ubi degit actor, a feriis loci, ubi reus degit, vel horum a feriis ubi degit judex, si scil. uno in loco obtineat Calendarium Julianum, in altero Gregorianum, quinam locus observari debet? Pro judicii loco definit Eckolt. *h. t. §. 5. per l. 3. §. fin. de restitut:* Consentit Gailius *lib. 1. obs. 123. n. 2.* Sed rectius sententiam istam restringit Franzkius *h. t. n. 27.* ad illum casum si una saltem religio vigeat, cui judex addictus est, cæteroquin si diversitas religionum permissarum, vel Calendariorum supponatur, utriusque religionis rationem habendam esse, cum facile fieri possit, ut dies termini, ad quem citatus est, sive actor, sive reus, qui judici non sit feriatus, illi fastus, imo forte Paschalis sit, sine periculo conscientiæ aut præjudicio religionis concessæ non profanandus. Facit cum Franzkio Auctor *hic* & Struv. *ex. 5. th. 36.* & in Camera utriusque Calendarii ferias observari ex Blum. *proc. Cam. t. 62. n. 4.* notat Magnif. Dn. Stryk. *in usu moderno ad tit. de feriis §. 1.* Non obstat, quod dicitur citatum sequi debere consuetudinem & stylum ejus fori, ad quod vocatur, & in arbitrio judicis situm esse, quibus diebus partes sui copiam facere debeant, adeoque

peri-

periculum conſcientiæ nihil movere, quoniam citatus non teneatur perſonaliter comparere, ſed procuratorem ablegare poſſit. Nam reſpondeo, etſi reus ſequatur ſtylum fori, ad quod vocatur, tamen non ſequi tenetur ferias iſtius fori: neque hic præſupponimus caſum, ubi jam fori ſtylus tendit in contrarium, ſed quærimus de jure, quomodo ſtylus fori eſſe debeat? Deinde arbitrium judici concedimus in determinatione termini, verum non illimitatum. Denique quod de comparitione per procuratorem allatum eſt, ideo non ſtringit, quia hujusmodi comparitio in favorem partium eſt inventa, ergo nequaquam in ipſarum odium torquenda veniet, ut taceam, non ſemper procuratorem admitti v. g. ex parte rei in cauſis cambialibus, ex parte qua actoris, qua rei, ſi juramentum præſtari debeat, item ex parte tertii, ſi v. g. teſtimonium dicendum ſit &c.

TVM PROFANÆ] De effectu feriarum humanarum, ſeu profanarum vide Eckolt. *h. t. §. 6.* Schüz. *in comp. h. t. p. 30.* Franzk. *h. t. n. 28. 29. 30.*

EÆQVE VEL HONORARIÆ] Ferias has honorarias non ſolum divinis, ſed & extraordinariis accenſet Struv. *ex. 5. th. 34.* non male. Nam quod prius concernit, niſi v. g. celebratio natalis Principis, item anni Jubilæi, in memoriam & honorem hominum inſtituantur, tamen moribus noſtris & in hujusmodi feriis non minus, ſed magis quam in Apoſtolorum feſtis, ad ferias divinas ſupra relatis, Deus coli ſolet, ut adeo, quamvis hujusmodi feriæ quaſi mixtæ ſint; tamen a cultu divino, tanquam potiori, fieri debeat denominatio. Unde & hujusmodi honorariarum eundem effectum eſſe dicit Franzkius *h. t. n. 42.* cum divinis. Deinde per ferias ordinarias illæ innui videntur, quæ communi conſenſu Eccleſiæ Chriſtianæ ſunt receptæ; Jam vero celebratio natalis Principis, aut anni Jubilæi certæ cuidam regioni, provinciæ, aut municipio eſt propria, adeoque magis appropinquant feriæ iſtæ extraordinariis, quam ordinariis. Huc etiam pertinent feriæ ob res proſpere geſtas indictæ, quas repentinas vocant *l. 3. C. de dilat.* item feriæ jejuniorum, Faſt- Bet- und Buß-Tage &c.

MESSIVM ET VINDEMIARVM] Cur non etiam ſationum? Vide apud Dn. Schilter. *ex. 7. th. 27.*

OMNIBVS PROSVNT] Dn. Schilter *d. th. 27.* Non obſt. *l. 1. ff. h. t.* Reſp. Eckolt. *hic §. 3.* Struv. *in reſolut. p. 61. ſeq.* Non obſt. *l. 1. C. de agric. & cenſit.* ad quam reſpondet Hahn. *ad VVeſenb. h. t. f. 166.*

NUNDINÆ] De his feriis earumque uſu practico vide omnino Dn. Schilt. *d. ex. 7. th. 28. 29. 30. & 31.*

XII. Extraordinariæ ſunt, quæ pro re nata indicuntur, *unde & repentinæ appellantur. l. 3. C. de dilat. & variæ ſunt, neque ad certum numerum reduci poſſunt, plerumque tamen vel propter res proſpere geſtas, vel in honorem Principis indicuntur. l. 26. §. 7. Ex quib. cauſ. maj. neque iterum recurrunt. Computantur autem aliter feſta, aliter feriæ cæteræ. Illa a veſpera usque ad veſperam l. 1. & 2. C. de fer. Hæ incipiunt a media nocte, & ſequentis noctis media parte* Extraordinariæ. Computantur aliter feſta, aliter feriæ ceteræ.

siniuntur, adeoque constant duabus dimidiatis noctibus & media luce. l. 8. h. t. Opponuntur his dies juridici seu fasti, quibus scilicet fari hæc tria verba licebat, DO, DICO, ADDICO, teste Varron. 5. de LL. His diebus olim non ita multis Imp. Augustus XXX. adjecit. Suet. Oct. c. 32. Tandem M. Anton. totius anni fecit 230. judiciarios Jul. Kapit. Hi in jure nostro vel sunt continui, vel utiles. Ex utilibus quidam sessionum dicuntur, quibus Prætor pro tribunali sedet. l. 1. § 1. ff. Quis ord. in bon. poss. Sigon. 1. de Judic. 9. Ravard. in lib. protribun.

AD THES. XII.

EXTRAORDINARIÆ) De harum effectu vid. modo notata ad thes. præced. verba: *eaque vel honoraria*.

TOTIUS ANNI FECIT 230.) Moribus nostris quemadmodum dierum juridicorum ita & feriatorum determinatio dependet ex cujusque loci ac judicii specialis observantia, vix enim dabitur judicium, ubi hodie hoc non sit determinatum, sicuti in specie quænam feriæ per singulos menses in Camera imperiali observentur recenset Blum *in proc. Cam. tit. 62. n. 5. seqq.* citante Magnif. Dn. Strykio *in usu moderno ad h. t. §. 1.*

IV. Cautio. Cautio in genere quid? Quas cautiones præstat actor secundum jus civile?

XIII. IV. Cautio in genere describi potest, quod sit satisfactio, per quam adversarium securum reddimus. *Franzk. ad tit. ff. Qui satisd. cog.* Quæ præstatur vel ab actore, *ut cautio de calumnia, ex Nov. 112. §. 2. qua promittit actor, si calumnia vel injuste litem movisse convictus fuerit, decimam se partem litis reo præstiturum: sed moribus hæc non frequentatur* nempe de lite contestanda intra duos menses, *post in jus vocationem, quæ sine fidejussore præstatur, eamque Justinianus quoque introduxit, Nov. 69. Sed & hæc quoque exolevit.* Et illa, qua cavet actor, se judicio adfuturum, litemque ex animi sententia peracturum, *adjecta certa quantitate, pœnæ nomine. Nov. 53. pr. Sed nec hac hodie utimur. Plerumque autem & inprimis in Foro Saxonico actor cavet se damnum & sumtus litis, si causa cadat, reo refusurum.* LandR. *lib. 2. art. 4. & 9. Si nimirum actor in loco judicii bona immobilia non possidet.* LandR. *lib. 2. art. Const. Elect. Aug. p. 1. d. 5. Hoc enim casu fidejussoribus, vel jurejurando cavet.*

In foro Saxon. qualem cautionem præstat actor?

AD THES. XIII.

CAUTIO IN GENERE) *Cautio enim species habet satisdationem, pignoris constitutionem & nudam repromissionem l. 4. §. 8. de fideic. libert. l. 1. §. 9. de collat. bon. l. 188. § 1. de V. S.* Hæc auctor in priore editione harum-

rum differtat. hac thesi; (Nam quæ ibidem *th. 13. 14. 15.* continentur, in hac posteriori editione, in aliam & meliorem formam mutatæ sunt) Adde *Struv. ex. 5. th. 20. 21.*

FORO SAXONICO] Quam cautionem Jure Saxonico præstet actor vid. *ord. proc. tit. 12. & 13.* Cujus synopsin exhibet Noric *in addit. ad §. 2. Inst. de satisd.* Et cautio Saxonica etiam in multis judiciis extra Saxoniam recepta est, ut in Pomerania & Marchia, Brunnem. *proc. civ. c. 8. n. 4.* modo tamen reus causam, super qua reconvenire velit, expresserit. *Mev. p. III. d. 12.* Alias communiter hodie actor extra Saxoniam cavet de prosequenda lite & restituendis in casum succumbentiæ impensis. Brunnem. *d. l. n. 3.*

XIV. Vel a Reo, quarum Cautionum una est: Judicio sisti, quæ idoneis fidejussoribus facienda. *l. 1. in jus voc. ut caut. l. 2. pr. h. t. l. 1. in f. ff. Qui satisd. l. 7. ff. de praet. stip. Nov. 53. c. 2. & 3. l. 4. §. 5. de fideic. libert. nisi necessariæ sint personæ, actor & reus, inter quos accipitur fidejussor qualiscunque l. 1. & seq. ff. In jus voc. ut caut. l. 2. §. 2. ff. Qui satisd. Non autem conjunctio hic intelligitur, quæ est inter satisdantem & fidejussorem, ut Dd. veteres volunt. Idoneitas autem est in facultatibus & facilitate conveniendi. l. 2. pr. h. t.* Tum (*quæ ratio specialis est prætoriarum satisdationum, qualis hæc nostra*) *quod satisdatio prætoria plerumque super eo, quod interest, nec certam æstimationem habet, interponitur, quod in pignoribus obtinere nequit, quæ semper habent certam quantitatem. Hæc cautio veteribus JCtis vadimonium promittere dicebatur. Igitur si in jus vocatus, statim ibat, vel hanc cautionem judicio sisti, vel ut Cicero & veteres Consulti loquebantur, vadimonium promittebat, nemo eum vi eximere debebat. de quo est t. t. ff. Ne quis eum qui in jus voc. vi exim. si autem non iret, sed fidejussorem daret, non debebat & tunc impediri, & contra impedientem est t. de eo per quem factum erit. Quod si ipse non alio, sed casu impeditus fuerit, de eo est tit. si quis caut. in jud. sist. Quod si neque iverit, neque fidejussorem dederit, tanquam contumax puniri potest, de quo est tit. si quis in jus vocat. non ier. Hæc ab omnibus litigantibus præstanda, exceptis his, qui vel suæ promissioni relinquuntur, ut possessores rerum immobilium. l. 15. h. t. vel jurejur. promittunt, uti viri illustres. l. 17. C. de dignit. lib. 12. Spectabiles, proximi sacrorum scrinior. l. 12. pr. C. de prox. sacr. scrin. sive fidejussores habere possint, sive non possint.* Altera cautio *& nova, quam præstat idem reus dato fidejussore* est reum,

Reus quasnam cautiones præstare debet secund. jus commune?

Vadimonium promittere veteribus JCtis quid?

Cautioné judicio sisti omnes litigantes præstare debent.

tem-

tempore ferendæ sententiæ, in judicio affuturum, *vel si non affuerit, omnia præstiturum actori, quæ in sententia fuerint comprehensa, §. alia Instit. de satisdat.* Tertia est judicatum solvi, *si per procuratorem defendatur præsens: Absentis autem rei nomine Procurator præstat ipse hanc cautionem, l. si procurator. 28. l. sed & 35. §. 3. l. qui proprio. 46. §. 2. l. minor. 51. & ult. cum ll. seqq. h. t. l. 10. jud. sol. Quamvis interdum & qui intervenit ut defensor, cavere teneatur de rato, ut in l. 15. §. 1. l. 39. §. 9. & ult. de procur. l. 33. §. ult. & seq. ff. eod. Et Procurator actoris judicatum solvi, l. servum 33. §. ait. 3. ff. de procur. l. univers. sin autem C. de satisd. l. si defunctus 15. §. 1. l. non solum 39. §. est & 6. eod. de procur.*

AD THES. XIV.

VEL A REO] De moribus hodiernis & præprimis Saxonicis, reus in civilibus cautionem præstare non tenetur, nisi forte de fuga sit suspectus. Vide Carpzov. *in proc. tit. 9. art. 5. n. 11. seqq.* Imo etiam cautio de judicato solvendo exigi potest, quoties ea vel per pactum promissa, vel alter prodigere bona sua incipiat Mev. *P. III. dec. 75.* Interdum etiam si de re mobili sit lis, cautio de non dissipando exigi solet. Magnif. Dn. Stryk. *ad tit. qui satisd. cog. §. 1.*

QUÆ EST INTER SATISDANTEM] Nec quæ est inter actorem & fidejussorem. Dissentire equidem videtur Eckolt. *ad tit. in jus vocati ut eant. §. 2.* ubi dicit hoc accipiendum esse de persona conjuncta in jus vocantis non in jus vocati. Sed quoniam provocat ibid. ad Franzk. *tit. qui satisd. tenentur n. 31.* ex quo sua hic hausit Auctor noster, etiam ipse B. Eckolt, quamvis obscure & minus recte locutus sit, recte tamen sensisse videtur. Poterunt enim ejus verba ita explicari, quod hoc loco intelligenda sit persona conjuncta in jus vocantis, quæ nimirum in jus vocatur. Nam nec in hoc casu procedet cautio, si reus patrem actoris minus locupletem fidejussorem dare velit. Ratio quippe exceptionis a regula est, quod conjunctio sanguinis calumniæ suspicionem tollat, & turpe sit, si hi, qui sanguine juncti sunt, sibi fidem habere nollent.

QUOD IN PIGNORIBUS] Hodie pignoratitia cautio indistincte admittitur, adeo ut actori competat electio, quam cautionem præstare velit Carpzov. *P. 1. c. 5. d. 7.* nisi tamen in specie conventum, ut per fidejussores caveretur, sic enim conventioni standum Mev. *P. 5. d. 374.*

JUREJUR. PROMITTUNT] Ad cautionem juratoriam admittuntur quidam ex dignitate, quos autor recenset, quidem ex necessitate, ut pauperes, de quibus vide *ord. proc. tit. 1. §.* Ob wir auch wohl *& duobus seqq.* adde Struv. *ex. 5. th. 24.*

UT VIRI ILLUSTRES] Quod hodie non observari nec personas illustres amplius ad juratoriam cautionem indistincte admitti, sed perinde, si possessionati non sint, fidejussores dare, aut his deficientibus demum jurato caré-

cavere debere tradit Brunnem. *ad VVesenb. qui satisd. cog. qu. 15.* Adde Treutl. *disp. 5. th. 1. lit. b.* Schüz. *Synops. Instit. de Satisd. lit. a. p. m. 643.* Dissent. Bachov. *ad Treutl. d. l.* Hahn. *ad VVesenb. d. t. f. 160.*

JUDICATUM SOLVI] Adde Eckolt. *h. t. §. 6.*

XV. Vel a Procuratoribus, qualis cautio de rato, *cum incertum est, utrum mandatum sit l. 1. C. h. t. l. 6. §. 3. π. Quod cujusque univ. nom. Non vero si constet esse, vel non esse mandatum. Non tamen propterea & clausula rati, quam vocant, in mandato supervacua videtur. l. 65. π. de procur. Vide Hillig. Donell. lib. 18. c. 12. p. 379. Hanc in actione in rem quidem defensor, qui est Procurator Rei, praestat; in personali non item, exceptis quibusdam casibus, de quibus in l. 35. §. ult. & LL. seqq. l. 39. §. est & casus. π. de Procurat. Praestant eandem & tutores & curatores, non tamen Syndici seu civitatum actores. Gipban. de ord. jud. part. 1. c. 13.* Qualem cautionem praestant procuratores? Syndici cautionem de rato non praestant.

AD THES. XV.

NON VERO SI CONSTET] Si enim constet de mandato, cautione rati non est opus, si non constet i. e. si nullum mandatum plane habeat, ne quidem ad cautionem rati admittitur, nisi sit conjuncta persona, aut affinis. *Ord. proc. tit. 7. §.* Wir lassen aber quo titulo de cautione rati vide plura.

IN MANDATO SUPERVACUA VIDETUR] Imo haec clausula ex consuetudine judiciorum plane necessaria est Carpzov. *in proc. tit. 5. art. 1. n. 18.*

XVI. *Caeterum, quum libellus sit congrua petitio ejus, quod cuique debetur, oportet hanc congruitatem spectari, tum circa accidentalia libelli, qualia sunt obscuritas, ambiguitas, generalitas, incertitudo, tum circa essentialia, quae consistunt in partibus libelli, narratione, facti scilic. medio concludendi seu causa, & conclusione seu ipsa petitione. Quotiescunque ergo peccatur contra ista, superest* V. Mutatio libelli, vel totius, qua totus libellus tollitur, *& actor vel omnino ab actione desistit, vel alium, novumque libellum loco prioris offert. Idque tum si vel alia species petitur, vel ex alia causa.* Vel partis, qua, *salvo libello, jure novo post Zenonem introducto, §. sin minus. Inst. de A.* aliquid additur vel demitur, *quam emendationem Dd. vocant, his puta casibus, quibus plus minusve petitur, aut peccatum est circa libelli accidentalia. Vide omnino Gipban. ad l. 3. C. de eden.* V. Mutatio libelli. Emendatio libelli Dd. quid? Et quibus casibus locum habet?

AD THES. XVI.

QUALIA SUNT OBSCURITAS] Hæc accidentalia sunt contra libelli congruitatem *conf. supra th. 5. in fine & ibi notata.*

IN PARTIBUS LIBELLI] Vide iterum *th. 5. & ibi notata.*

Plus petitur quatuor modis. Quantitate.

XVII. *Plus autem petitur quatuor modis, re & quantitate, tempore, loco, causa, quibus omnibus modis olim, jure veteri, cum periculo amittendi causam, agebatur, §. si quis. 33. pr. de Act. Plus quantitate petitur, si v. g. ab eo, qui decem debet, petantur viginti. Ratio amissionis hæc erat, quia, secundum petitionem actoris, formulam concipiebat Prætor.* Si paret reum 10. debere, condemna. *Itaque reo probante, se tantum debere decem, judex, qui extra formulam nihil poterat, & cujus officium in absolvendo vel condemnando erat, reum, quem condemnare non poterat, necessario absolvebat. Unde actori postea ex eadem causa, & ad idem simul agenti obstabat exceptio rei judicatæ. Hodie autem hæc pœna cessat, substituta pœna tripli ejus, quod sportularum nomine amplius exactum, §. tripli. 24. Inst. de Act. Cum refusione omnis damni, d. §. 33. vers. sed hæc quidem. Inst. eod. Excepto casu, l. ult. C. de plus pet.*

Judex extra formulam nihil poterat.

AD THES. XVII.

SUBSTITUTA POENA TRIPLI] Moribus nostris nec hæc pœna tripli locum habet, vide notata *ad dissert. 22. th. 12. verba: alia triplam.* Sed rei in tali casu plus petitionis tantum absolvuntur ab instantia ac simul condemnatur actor ad refusionem expensarum reservato ei jure denuo agendi & actionem aliter formandi. Philipp. *in Usu practico Inst. lib. 4. Ecl. 57. n. 7.*

Tempore.

XVIII. *Plus tempore petit, qui petit antequam dies venit. Quia reo adimit utilitatem, quam ex fructibus vel usuris interim percipere potuisset. Cessat itaque hæc pœna plus pet. si dies in favorem creditoris adjecta. Et eadem hic est ratio amissionis causæ, quæ in superiori membro. Et similiter quoque exceptio plus petitionis post litem contestatam objicienda erat, cum alias clausula libello inserta, cujus pecuniæ dies venisset, actorem periculo plus petitionis liberabat. Et ita quidem, antequam dies certa (vel incerta; sed talis, de qua dubitatur, quando sit exstitura) venerit. Quoad vero obligationes conditionales, vel in diem ita incertam, ut an & quando exstitura sit, dubitetur, pœna huic locus fuisse non videtur: siquidem ubi nihil agitur, & nihil in judicium deducitur, necessum est illam pœnam cessare, cessante quippe exceptione rei judicatæ: Atqui pendente condi-*

tione

tione dies non cessit & obligatio nondum nata est, neque dum quidquam debetur. Ergo nec quidquam agitur, sive in judicium deducitur, l. un. §. pen. & ult. ff. quand. dies usufr. leg. Hodie periculum illud cessat & ex constitutione Zenonis in l. un. C. de plus pet. §. temporales. 10. Instit. de exc. induciæ duplicantur & alterum tantum temporis reus exspectare cogitur, ut videlicet duplicetur tempus computatum a die contractus: Non vero illud tantum, quod superest a die petitionis. Quod si quis petierit ante conditionem, tantum tempus duplicatur, quantum intercedit inter tempus contractus & existentis conditionis. Induciæ hodie duplicantur; neque qui tempore plus petit, hodie causa cadit.

AD THES. XVIII.

DE QVA DVBITATVR QVANDO] Constat autem an sit extitura? v.g. si debeam centum post mortem meam.

ITA INCERTVM, VT AN ET QVANDO] Vel etiam quamvis certum sit quando, modo incertum sit an sit extitura? ut si v. g. debeam centum, si Titius Calendis Maji anni determinati Consul factus fuerit, nam & hujusmodi dies ad conditionem spectat.

VBI NIHIL AGITVR] Est enim pœna hæc non injustæ petitionis & quæ fit per calumniam, sed plus petitionis. Plus petitio autem præsupponit, quod aliquid debeatur, ut in debito in diem, ubi dies statim post promissum cedit. In debito vero conditionali, quia pendente conditione nihil debetur, nec plus etiam peti potest.

HODIE PERICVLVM ILLVD] Moribus nostris iterum nec pœna duplicati temporis in usu est sed eadem fere obtinent, quæ *ad thes. praced.* diximus. Vide omnino Noric. *in addit. ad §. 33. Inst. de act.*

QVOD SI QVIS PETIERIT] Sed quemadmodum auctor in antecedentibus antiquam causæ amissionis pœnam ad eos, qui ante conditionem petierunt, extendere noluit; ita ex rationis identitate nec constitutio Zenoniana, quæ etiam in eos statuta est, qui tempore plus petierunt §. *10. Inst. de except.* ad debita conditionalia extendi debet, quoniam dictum est petitores ante conditionem plus non petere.

XIX. *Loco plus petitur, cum alio loco, quam adjecto, pura & stricta actione petitur. Quia diversis in locis & precia mercium variant, & diversis usuris pecuniæ accipiuntur, eoque alio loco petens, iniquam conditionem infert reo, d. §. si quis. Excipiuntur bonæ fidei judicia, in quibus non attenditur locus adjectus. l. 7. ff. de eo, quod cert. loc. Arbitraria vero actione alio loco recte agitur, l. 1. de eo, quod cert. loc. Denique plus causa petitur, si ex obligatione generali & alternativa certa species petitur. Quia adimitur electio debitori, qui potest solvere, utrum velit, d. §. 33. Ergo creditor, cui electio da-* Loco. Causa.

ta est, non incidit in hoc periculum. Hujus autem & præcedentis plus petitionis pœna expressa est. d. §. 33. vers. sed hæc quidem.

AD THES. XIX.

EXCIPIUNTUR BONÆ FIDEI JUDICIA] At non ita excipiuntur, quasi in bonæ fidei judiciis quilibet locus sit competens, sed ita tantum, ut in b. f. judiciis ex eorum natura aliquis possit debitorem in foro domicilii convenire, etsi alius locus solutionis sit adjectus, neque adeo opus habeat actione arbitraria de eo quod certo loco. Vide supra notata *ad. differt. 17. th. 3. verba: in loco domicilii.*

ALIO LOCO RECTE AGITUR] Non tamen omni, sed saltem in loco domicilii, uti supra *d. l.* latius deduximus. Si igitur quis in alio loco, quam domicilii & plane inconveniente actionem instituerit eum non solum jure veteri causa cecidisse, sed etiam jure noviori in triplum fuisse condemnatum arbitror *arg. §. 33. Inst. de action. potissimum verbis: Sin autem quantitate vel alio modo.* Adde quos citat Philipp. *in Usu Pract. Inst. lib. 4. Ecl. 57. nr. 6.* Moribus nostris opponetur in hoc casu exceptio fori incompetentis, reusque ab instantia absolvetur & in expensas condemnabitur, salvo tamen jure actoris actionem debito in loco instituendi.

HUJUS AUTEM ET PRÆCEDENTIS] De præcedenti modo diximus. Ultima plus petitio olim amissione causæ, novo jure pœna tripli cum expensarum refusione puniebatur *d. §. 33.* Moribus nostris opponetur exceptio ineptæ petitionis reusque ut in præcedente plus petitione absolvetur.

Et mutatio & emendatio libelli etiam usque ad sententiam locum habet.

XX. Utraque *& mutatio & emendatio, jure novo post Zenonem introducto, §. sin minus. Inst. de act.* non tantum usque ad litem contestatam: * sed usque ad sententiam locum habet *per l. 3. C. de eden. §. sin minus. 34. Inst. de act. (ibi: eodem judicio. At judicium incipit ex litis contestatione, l. 1. C. de judic. juncta l. lite. ÷. de usur. & l. amplius. ff. rem rat. hab.) l. in delictum. 4. §. 3. de nox. act. l. cum fundum. §. ult. ÷. de V. & V. A. Ita tamen, ut, si mutetur libellus, nova petitionis causa edatur reo, deturque ei justum deliberandi spacium, & reo ab actore resarciantur damna, arg. l. nemo potest, de R. J. Quamvis Dd. mutationem totalem tantum usque ad litis contestationem admittant, adeo ut nec clausula salutaris, salvo jure addendi &c. mutationem, emendationemve operetur. Dn. Carpzov. Jur. 1. 11. 4.*

Quod declaratur.

AD THES. XX.

NON TANTUM USQUE AD LITEM CONTESTATAM] Imo tantum usque ad litem contestatam. Si enim post litem contestatam mutare velis, novum fit judicium, quod eleganter ostendit Huber. *ad Inst. de action.*

actiom, th. 24. p. 318. seq. ubi & ad §. 34. Inst. eod. respondet. Dissentit cum auctore Dn. Struv. *ex. 5. th. 41.*

QVAMVIS DD. MVTATIONEM] In foro Saxonico distinguendum; an velit actor mutare, seu emendare libellum ante terminum, an in illo. Priore casu impune id facit absque refusione expensarum, extracta nova saltem citatione, quæ legitimum terminum comprehendat & insertam copiam habeat emendati libelli *Ord. proc. tit. 5. §.* Da auch einer. Posteriori casu iterum videndum, an lis contestata fuerit pure (non eventualiter) & guaranda præstita; an minus. Si hoc, licita quidem est mutatio, sed non nisi refusis expensis. *Ord. proc. d. l. Const. Elect. 11. P. 1.* Sin illud, nullo modo mutari potest. Quod si actionem omnino novam instituere velit, hoc ipsi permittitur, sed refusis omnibus expensis. Vid. Magnif. Dn. Born. *diss. prim. ad univ. jur jud. th. 37. lit. C.* Carpzov. *ad d. P. I. c. 11. def. 1. usque ad 14.*

XXI. VI. Reconventio, *quæ ex usu juris mutua actio & petitio vocatur, l. 1. §. ult. quæ sent. si app. l. 34. de procur. l. 15. de exce. rei jud. l. 11. §. 1. de jurisd. l. 38. mand. l. 1. §. ult. de extraor. cog. l. 6. C. de compens. l. 1. C. rer. amot.* est mutua rei conventi coram suo judice, *sive sit ordinarius, sive delegatus, l. 13. C. de sent. Nov. 96. c. 2. ibi: gloriosissimorum, (non vero si arbiter, Dn. Carpz. Jurispr. 1. 7. 5.) Si modo in simili controversiarum genere fundatam jurisdictionem habeat. Quia de qua causa judex in conventione cognoscere non potest, de ea nec in reconventione, Dn. Carpz. d. l. def. 4.* adversus actorem, ** etsi is alias ibi judicium pati non cogeretur, l. 22. h. t. l. 14. C. de sent. Et fori privilegio gaudeat, ut * studiosus, clericus, legatus, l. 22. π. de jud. l. 14. C. de sent. & interloc. Non tamen contra Procuratorem, alterius nomine agentem, qui de proprio debito reconveniri nequit, Dn. Carpz. d. l. def. 6.* pendente judicio, *l. 22. ff. de jud. ibi: si agat: non si egerit. Finito enim, nec mutua dici potest, quæ una. Unde infertur; jure Sax. plane non dari reconventionem, Dn. Carpz. d. l. def. 7. Sed nec in causis connexis. Quia & hæc finita demum conventione, competit,* instituta *& quasi conventioni actoris opposita* actio.

VI. Reconventio. Ea quid?

Jure Sax. plane non datur reconventio.

AD THES. XXI.

RECONVENTIO] Adde Magnif. Dn. Born. *diss. poster. ad univ. Jur jud. th. 5.* hanc materiam [redacted] theoretice & practice explicantem. Junge *Ord. Proc. Sax. tit. 6.*

REI CONVENTI] Modo legitimam personam standi in judicio habeat & experiatur proprio nomine. Magnif. Born. *d. l. lit. B.*

SIVE SIT ORDINARIUS] Magnif. Born. *ibid. lit. D.* Adde quos citat Carleval. *de judic. Tit. 1. disp. 7. n. 9.*

ET SI IS ALIAS] Magnif. Born. *d. l. lit. C.*

ET STUDIOSUS] Oppidanum a Studioso coram Rectore reconveniri posse facile omnes consentiunt. An autem Studiosus a cive coram magistratu oppidano iterum conveniri possit? lis inter Dd. est. Negativam cum aliis tuentur Richter *ad authent. habita. P. 3. memb. 3. p. 181. seq.* Svevus *ad eand. authent. peric. 6. th. 4.* Ego duplicia jura distinguenda arbitror, civile & consuetudinarium. Quoad jus civile placet contra citatos auctores affirmativa cum Gisberto *de reconvent. c. 12.* quem sequitur Magnif. Dn. Ordin. *d. l. lit. C.* propter generalitatem textuum in *l. 14. & authent. consequenter C. de sent. & interlocut. l. 22 ff. de judic.* Non obstat quod in *d. auth.* Studiosorum & Academicorum conventio generaliter ad certum & specialem magistratum restringatur, ita ut omni aliorum judicum jurisdictione plane eximantur, adeo quidem ut Studiosos coram alio judice conveniens tota causa cadat. Nam respondemus hanc poenam statutam esse in eos, qui Studiosos ad alium judicem TRAHERE tentaverint *d. auth. verb. qui vero.* Scholaris vero in reconventione non TRAHITUR ad alium judicem, sed coram eodem reconvenitur, quem in conventione ipse quasi elegit. Non obstat porro, quod reconventionis fundamentum sumatur a tacita quadam jurisdictionis prorogatione, quæ tamen a Studiosis expresse fieri non potuerit, idque ideo, quoniam prorogatio præsupponat jurisdictionem prorogabilem, quæ hoc casu in aliis judicibus non sit, quia ab eorundem jurisdictione causæ & lites Studiosorum plane sint exemtæ per *d. auth. habita.* Nam respondeo imo posse Studiosos vi *d. authentica* aliorum judicum jurisdictionem prorogare, quia in ea fori optio ipsis datur a Cæsare vi *d. Celeb. Conring. antiquit. acad. dissert. 5. p. 144.* Si vero instes cum Svevo *d. l.* eligendi potestatem in authentica saltem restrictam esse ad Dominum, vel Magistrum, i. e. Rectorem universitatis & Episcopum; & hoc negabo: Quippe omnino tres in *d. auth.* proponuntur judices, inter quos optio concessa Scholaribus, Dominus loci, Magister Scholastici & Episcopus, quod optime declarat Dn. Conring. *d. l. p. 147. seq.* Non obstat denique, quod a generalitate textuum pro nostra sententia adductorum merito excipiatur casus; si Judex in simili controversiarum genere non habeat jurisdictionem fundatam, cum ipse auctor in thesi hanc regulam ponat, quod de qua causa judex in conventione cognoscere nequeat, de ea nec in reconventione cognoscere possit, sub qua regula jam recte subsumeretur causa Studiosorum. Equidem respondeo in d. regula causam intelligi ejusmodi, quæ propter qualitatem objecti realis eximitur a judicis jurisdictione, non quæ propter qualitatem objecti personalis, seu Rei; alias enim sequeretur, quod nunquam reconventio locum habeat, quia hæc potissimum præsupponit reum, qui sub alterius jurisdictione est, cujus causæ etiam regulariter ad judicem reconventionis non spectant. Quod autem mores attinet, testatur equidem Richterus *ad d. auth.*

auth. habita. p. 161. eos sententiæ negativæ adstipulari, quia scilicet ubivis e medio sublata sit illa sibi judicem eligendi potestas Conring. *d. l. p. 151.* Sed & hic tamen rem dubiam reddit præjudicium VVittebergensium a Stryo *d. l.* adductum: Wenn gleich die *Studiosi ex Authent. habita C. ne fil. pro patre* ihren absonderlichen *privilegirten* Gerichtsstand haben; Dennoch aber und dieweil Ihr euch allbereit vor dem Rath zu Eckernförde eingelassen und caution daselbst zustehen endlich bestellet; So möget Ihr euch nunmehr daselbst zu stehen nicht entbrechen/ sondern seyd des Rechtens allda auszuwarten schuldig. Considerandа igitur erit cujusvis loci observantia.

CLERICUS] Quamvis & de hoc dubitent Richterus & Stryus *dd. ll.* verior tamen est sententia auctoris, quam ulterius declarat Magnif. Dn. Ordin. *d. l. lit. C.*

PENDENTE JUDICIO] Magnif. Dn. Born. *d. l. lit. E.*

JURE SAXON. PLANE NON DARI] Scil. talem, qualis Jure communi definitur. Datur tamen Jure Saxonico alia reconventio cum civili, etsi non in omnibus effectibus, in potissimo tamen, quod actor conventionis debeat sequi forum rei si ab eo reconveniatur, conveniens. Lis ergo est in terminis saltem. Cæterum quod Jure Saxonico finita demum conventione reconventio sit instituenda & in causis connexis saltem, patet ex *P. I. C. 7. & tit. 6. Ord. proc.* Vide iterum Magnif. Dn. Born. *d. l. lit. E. & F.*

XXII. Neque interest civilis, an criminalis *mutuo* (*criminaliter enim accusatus non potest accusatorem reconvenire civiliter, Umm. h. p. m. 429. Quamvis civiliter conventus posse actorem criminaliter reconvenire videtur*) *instituatur actio, dummodo hic objiciatur crimen par vel minus, & quod simul concernat injuriam accusati. Alias si accusatus vel majus crimen objiciat, fit præjudicium priori accusationi, ut ea suspensa prius expediatur quæstio gravioris criminis, l. C. de his qui acc. non poss. Vel par: sed quod injuriam non concernat ejus, qui illud objicit; [illegible] tum conventus prior respondere tenetur & se purgare, l. 19. C. de his q. ac. n. poss.* An criminaliter conventus, accusatorem criminaliter reconvenire possit?

AD THES. XXII.

NEQUE INTEREST] Porro non interest an actio sit realis, an personalis contra Ant. Fabrum. Excipe tamen causam depositi spolii & ex lege diffamari. Magnif. Dn. Born. *d. lit. F.*

AN CRIMINALIS MUTUO] Vide tamen Brunnem. *proc. civili cap. 10. n. 10.* Ant. Matth. *de crimin. ad lib. 48. tit. 13. c. 10. p. 639. seqq.* Adde quos citat Martini *ad ord. proc. tit. 6. §. 1. n. 1.*

RECONVENIRE CIVILITER] Consentit Brunnemann. *d. l. arg. l. fin. C. de ord. judic.* Dissentiunt & non solum civiliter conventum actorem criminaliter reconvenire posse, sed & criminaliter accusatum posse reconvenire

convenire civiliter statuunt plures, quos citat Magnif. Dn. Born. *d. lit. F.* quorum etiam sententia videtur verior.

XXIII. Judiciumve sit petitorium an possessorium, *non tamen de eadem re. Vide Umm. disp. 10. th. 5.* ordinarium an summarium, *sive mutua actiones utraque in ordinario, sive utraque in summario: Sed & si conventio sit ordinaria, reconventio summaria; perinde est, quia reus privilegio sua causa renunciare videtur. Sed si ab actore causa summaria mota, is invitus ordinario processu non potest pulsari, Umm. d. l. n. 18.*

AD THES. XXIII.

PETITORIUM AN POSSESSORIUM] Causa momentaneæ possessionis reconventionem non admittit per *l. ult. C. de compens. l. f. C. qui legit. pers. standi in judic. habent.* Magnif. Born. *d. lit. F.*

ORDINARIUM AN SUMMARIUM] Hujus ampliationis declarationem tradit Idem *d. lit. F.* sed & limitationem, quod non procedat in causis executivis, nisi causa reconventionis similiter habeat paratam executionem (adde Carleval. *de judic. tit. 1. disp. 7. n. 9. seqq.*) quod tamen jure Saxon secus. vid. Carpzov. *P. 1. c. 7. d. 24.*

Post litem contestatam reconventio proponi nequit. Et quare?

XXIV. Debet autem in ipso litis exordio proponi, * non vero post litem contestatam, *Dn. Carpz. jurispr. 1. 7. 2. Quæ enim post illata, non proprie & vera reconventio, neque retardat causam conventionis, effectumve operatur simultanei processus: sed obiici duntaxat potest in quacunque judicii parte, usque ad conclusionem in causa, ad effectum iurisdictionis prorogativum, Trentacin. 2. pr. res. de mut. pet. res. 1. n. 4. Idque non solum in vera: sed etiam in ficta litis contestatione obtinet, puta, quæ intercessisse iure fingitur, reo contumaciter litem non contestante, Dn. Carpz. d. l.*

AD THES. XXIV.

NON VERO POST LITEM CONTESTATAM] Adde Carleval. *de judic. tit. 1. disp. 6. n. 17. & disp. 7. n. 4. seqq.*

Reconventio simultaneo processu cum conventione discutienda.

XXV. Simultaneoque *cum conventione* processu discuti, eademque sententia terminari, *Dn. Carpz. d. l. def. 1.* nisi furtum, damnum aut injuriam passus eo nomine agat. *l. 2. §. 3. vers. sedet si ff. de iud. ubi reconventio non habet locum. Quod etsi de legatis solis respondeatur in d. l. 2. ad omnes tamen pertinet ex ratione communi, qua in d. §. Sane legatis, si egerint Romæ, extra causas damni aut iniuriæ, ab omnibus, etiam contra quos non egerunt, & sic etiam finito iudicio conveniri possunt, per d. l. 2. §. 5. verbis: adversus omnes.*

Donell.

Donell. 17. 19. *Contra si reus alio loco mutuam petitionem instituat, recte actor desiderat, ut apud eundem iudicem causa agitetur & finem accipiat, auth. & consequenter C. de sent. & interl. Quia factum actoris non debet reo electionem auferre, & reo pro se introductis renunciare liberum, utilius que actori uno loco litigari. V. l. 11. §. 1. de iurisd.* *Non tamen praecise reus cogitur reconvenire: sed ita, si, pendente lite conventionis, experiri contra actorem velit. Alias hac finita, coram competente iudice adversarii experiri debet.* Reus non cogitur præcise reconvenire.

AD THES. XXV.

SI REUS ALIO LOCO. Jure Saxon. quid obtineat vide apud Carpzov. *lib. 1. resp. 40. & 41. & Part. 1. c. 7. d. 9. & 10.* Martini *ad ord. proc. tit. 6. §. 1. n. 4.*

QUIA FACTUM] Verba nimis obscura. Mihi videtur auctoris sensus iste esse: *Quia factum actoris* in reconventione, qui erat reus in conventione, *non debet reo* reconventionis, seu actori conventionis *electionem auferre*, quam hactenus quidem habet, ut possit, si reus conventionis eum reconveniat coram judice ejus ordinario, & ibidem respondere, & actorem reconventionis ad judicem conventionis revocare (nam si actor conventionis reconveniatur coram judice conventionis, tunc nullam habet electionem) *& reo* conventionis, seu actori conventionis *pro se introductis* beneficiis, quod scilicet posse, si velit, reo conventionis eum coram ejus ordinario reconvenienti respondere, *renunciare liberum utilius que actori* utrique & conventionis & reconventionis *uno loco litigari*. Nam quamvis communiter reconventio in favorem reorum conventionis dicatur esse adinventa, ut scilicet postea in reconventione actor conventionis coram judice rei conventionis iterum stare teneatur, tamen mihi etiam favor actoris (ut scilicet non cogatur de causis praeprimis similibus & connexis duplicem judicem experiri & in uno judicio actoris in altero rei personam sustinere) vel potius utrinque utilitatis publicae favor videtur subesse, ne lites multiplicentur *d. auth. & consequenter C. de sentent. & interlocut. Nov. 96. cap. 2.* Si hæc non sit auctoris mens fateor me eum non intelligere, sed dicta, quæ explicuimus, verba potius contrariæ quæstionis decisioni favere.

DISSERTATIO XXV.
De Litis Contestatione, Probationibus & Præsumtionibus,

RESPONDENTE
JOHANNE Schneider / Sangerhus. Thur.

APHORISMUS I.

Quæ in ipso judicio fiunt, itidem sunt vel substantialia vel accidentalia.

Substantialia sunt: I. Litis contestatio.

Unde olim litis contestatio sic dicta.

Litis contestatio jure Just. quid?

Litis contestatio ex parte rei nunquam est affirmativa.

Unde male dividitur in affirmativam & negativ.

QUæ in ipso judicio fiunt, *similiter* sunt vel substantialia, ut I. Litis contestatio, *a qua judicium incipit, l. un. C. de lit. cont. sic dicta, quod testibus adhibitis fieret: Actor enim præsentes invocabat: Quirites testes estote. Quæ testatio ad multos facta, contestatio est. Festus in contestari Macrob. 3, Satur. 5. Sed Jure Justinianio* est rei controversæ apud judicem ab utroque litigante facta. *Nam litem contestatur & reus: & actor, l. 2. C. de jurej. prop. cal. Reus vero etiam cogitur, ut nisi id faciat, captis pignoribus, vel missione in Possessionem bonorum coërceatur: vel ob contumaciam pro contestata habeatur, Umm. disp. 2. th. 2. n. 4.* Narratio; *seu: Est constitutio status causæ, quæ fit actoris prolata intentione, & secuta Rei contradictione, l. rem non novam. §. patroni C. de judic. l. 1. C. de lit. contest. l. 2. §. 1. & §. fin. ad tem. C. de Jurej. prop. cal. Itaque ex parte Rei nunquam est affirmativa, etiam objecta exceptione, debiti in se & intentionis negationem continente. Propterea neque recte dividitur in adfirmativam & negativam, cum tota & omnis in adfirmatione unius & negatione alterius consistat.*

AD DISSERTATIONEM XXV.

AD THES. I.

L*ITIS CONTESTATIO*] Adde *ord. proc. Saxon. tit. 16.* Magnif. Dn. Ordin. *disp. peter. ad univers. jus judic. th. 47.*

EST REI CONTROVERSÆ] Potius est contradictio Rei legitima ad intentionem actoris facta. Magnif. Dn. Ord. *d. th. 47.*

VEL OB CONTUMACIAM] Unde dividitur litis contestatio in veram, quæ revera intercedit, & præsumtam, quæ ob contumaciam intervenisse fingitur, Id. *ibid. lit. C.*

DEBITI IN SE ET INTENTIONIS] De hoc nullum est dubium, neque enim qui litis contestationem affirmativam faciunt, eam in exceptione tali consistere dicunt, quæ intentionem actoris ac debitum neget, sed quæ intentionem actoris concedat, opponat vero iniquum esse, ut reus

sou

condemnetur forte propter aliquam exceptionem peremtoriam. Ergo forte ita legendum: *etiam objecta exceptione debiti in se & intentionis confessionem continente.*

NEQVE RECTE DIVIDITVR] Vide Magnif. Dn. Ordin. *d. lit. B.* Alias litis contestationis divisiones vide apud Schütz. *pag. 65. conf. aull. ib. 3.*

II. Requiritur ut ea in omnibus causis, de quibus judicium accipitur, sive sint civiles, sive criminales, *l. 15. §. 5. ad SCt. Turp. l. ult. C. ut in cert. temp. Dn. Carpz. Jurispr. for. l. 18. 19. tam in prima, quam secunda instantia, siquidem appellatio fiat a sententia definitiva. l. un. C. ne liceat in una ead. l. ita 13. C. de procur. Andr. Kohl. exerc. 4. n. 2.* Exceptis causis spiritualibus, *Clem. Dispendiosam, de judic. c. 1. de eo, qui mit. in poss. in 6.* summariis, *Cl. sæpe de V. S. Dn. Carpz. Resp. lib. 3. tit. 1. Resp. 31. n. 9.* Exsequutivis, *Id. n. 13.* causis nullitatis, notoriis, *omnibus, in quibus libellus omitti potest, Geil. 1. obs. 46. In quibus tamen primus actus contradictorius ejusdem efficacia, Schultz. obs. pr. 49. n. 6. & 9.* — Litis contestatio in quibus causis requiritur?

AD THES. II.

IN OMNIBVS CAVSIS] Magnif. Dn. Ordin. *d. l. lit. A.*

EXCEPTIS] Exceptis item causis criminalibus, si processus sit inquisitoribus. Id. *d. lit. A.*

SPIRITUALIBUS SUMMARIIS &c.] Dissent. Magnif. Dn. Ordin. *d. l. A.* Sed lis tantum est circa terminum litis-contestationis.

III. Forma substantialis consistit in congrua adfirmatione & negatione, *l. un. C. de lit. contest. l. 14. §. 1. C. de judic. verbis directo ad ipsam causam controversam relatis, c. un. X. de lit. cont.* Accidentalis, quod vel in scriptis fiat, vel ore sine scriptis, directo, *si prætensum jus vel factum præcise negatur*, vel indirecto, *ubi neque Jus, neque factum, negatur: Verum ob exceptionem petita fieri non debere contenditur. Obrecht. de lit. cont. c. 2. n. 15. c. 5. n. 28.* pure vel eventualiter. — In quonam consistit formaliter litis cont. Fit litis contestatio vel directe vel indirecte. Vel pure vel eventualiter.

AD THES. III.

IN CONGRVA AFFIRMATIONE] In quo consistat congrua affirmatio, summarie & nervose exponit Idem *d. l. lit. E.* Fusius quæstiones huc spectantes proponit Martini *ad ord. proc. tit. 16. §. 1. n. 19. usque ad 47. p. 540. seqq.*

IV. Effectus est, quod per eam judicium demum constituatur, *l. 31. pr. ff. de reb. cred. l. 38. de judic.* conditionem actoris non deteriorem, sed meliorem faciat, *Ar. de Mesa. 2. 73. l. aliam. 29. ff.* — Insignes sunt effectus litis contestationis.

de Nov. l. non solet. 86. & l. seq. de R. J. Quod novationem inducat, *l. 11. l. 29. de novat. l. 3. C. eod.* reum in mora constituat, actionem temporalem perpetuet, *l. sicut 3. C. de praesc. 30. vel 40. ann. l. omnes 26. l. sciendum. 58. ff. de O. & A. excepta actione de dolo l. ult. C. de dol.* cursum praescriptionis interrumpat, *d. l. sicut. l. 2. & 3. C. ann. except.* Possessorem in m. f. constituat, *l. etsi lege. 25. §. si ante ff. de pet. her. l. 2. C. fruct. & lit. exp.* Procuratorem, *Tutorem & Curatorem* dominum litis efficiat, *l. neque 11. C. de procur. l. 22. & leg. seq. C. eod.* litis pendentiam inducat, *post, litem contestatam, mandatum Procuratoris ad litem dati revocari a Domino sine causae cognitione non potest, l. post litem 17. ff. eod. Nisi ipse Procurator revocationi consentiat. c. mandato. 13. X. eod.* usurae, *post. lit. cont.* currere incipiant, *l. lite. 35 ff. de usur. Exceptiones dilatoriae opponi regulariter nequeant, & similes, vide allegatos a Dn. Carpz. Resp. 36. tit. 4. lib. 3. a n. 2. Quae post litem contestatam accidunt, ad praesens judicium non pertineant: sed alia interpellatione opus habeant, l. 23. de judic. Excepto casu libelli generalis. Sandhus. l. 4. t.*

Qui hic recensentur.

AD THES. IV.

QUAE POST LITEM CONTESTATAM] v. g. si a te decem petierim, cum nihil mihi deberes post litem contestatam autem debere inciperes, aut si sub conditione deberes & conditio demum post litem contestatam existeret. Glossa *ad d. l. 23.*

CASU LIBELLI GENERALIS] Atqui libellus generalis rejici debet tanquam incertus Schutz *de edendo p. 51.* Auctor *dissert. 14. th. 9. in fin.* Respondeo: intelligit Auctor *h. l.* actionem generalem & universalem v. g. hereditatis petitionem. *Vid. Gothof. ed. ad d. l. 23. de judic. lit. c.* in qua etiam libellus generalis admittitur *Schütz. d. l.*

Si lis est contestata, actor vel oblatum libellum repetit, si articulate fuit conceptus; si simplex fuit positiones ex eodem formatas exhibet. Positio quid? An haec differt ab articulo?

V. Lite contestata actor libellum oblatum repetit, si articulate conceptus fuit; sin minus, positiones ex eodem formatas exhibet. Est autem positio, jure civ. incognita, narratio particularis ejus, de quo controversia est, ad veritatem eliciendam facta. *Quam distinguunt Dd. in positionem in specie dictam, & articulum. Illa perhibetur esse pars quaedam intentionis, continens id, super quo ab adversario responderi quis petit: Articulus vero pars intentionis, continens id, quod quis probare intendit. Vult. Jurisp. 2. c. 31. Ita ut ratione diversorum effectuum distinguantur, quat. articulus formatur ad probandum id, quod continet, positio ad eliciendam ab adversario*

Digitized by Google

sario responsionem. Unde in usu positio & articulus ratione magis distinguuntur, quam re ipsa. Debent autem positiones libello esse conformes clara, non obscura aut captiosa, nec contrariæ, vel notorie impertinentes. Tales enim a judice rejici debent. In dubio tamen admittuntur sub clausula, salvo jure impertinentium & non admittendorum. Exhibentur autem sub juramento dandorum.

AD THES. V.

LITE CONTESTATA ACTOR] Respicit auctor proc. Juris communis, secundum quem litis contestatio generalis in usu est, quem postea sequitur responsio rei specialis adeoque ut recte intelligantur, quæ auctor h. l. *th. 5. 6. 7.* disserit; lege Carpz. *P. 1. const. 10. def. 4. 5. 6.* Jure Saxonico, quo nec libellus articulatus, nec litis contestatio generalis, nec juramentum dandorum & respondendorum obtinent, res paulo aliter se habet, cujus juris processum primæ instantiæ ejusque sciagraphiam nervosissimam non pœnitebit ex Magnif. Dn. Ordinar. *d. diss. prior. th. 33.* huc transferre: *In foro Saxonico*, inquit, *ordo procedendi ordinarius ille fere est: Si reus amice interpellatus solutionem, vel restitutionem debitam, detrectet, offertur judici libellus, & cum eo, si procuratorio nomine quis agat, statim legitimum mandatum, præstitis insuper debitis cautionibus guaranda de reconventione & expensis, vel loco hujus allato testimonio de possessione rerum immobilium, & hæc omnia reo communicari atque ad prosecutionem terminum præfigi petitur. Dehinc judex copiam libelli Reo & reliquorum, quorum mentionem fecimus, mittit, atque emissa citatione ad prosecutionem terminum legalem indicit. Dies termini ubi eluxit, & Reus & Actor, ne in contumaciæ pœnam incidat, comparet. Actor quidem libellum oblatum repetit viva voce aut saltem dicit se libellum oblatum verbotenus repetitum velle. Reus autem oppositis dilatoriis & peremtoriis exceptionibus (si quas unquam habet) nihilominus litem eventualiter, aut si nullæ adsunt, pure contestatur.* (Atque has processus partes hactenus etiam, duce Auctore, perlustravimus. Sequuntur jam ea, quæ post litis contestationem peragenda sunt) *Si reus litem contestatus est, & fatetur quidem intentionem actoris, illico condemnatur, sin negat, fertur interlocutoria qua injungitur onus probandi, eaque publicata, postquam in rem judicatam transiit, intra 6. septimanas & 3. dies, (nisi dilatio, qualis etiam tertia datur, sed non tamen nisi prævia causæ cognitione concedi solet, petita sit) tenetur actor probatorios articulos una cum nominibus testium judici offerre & diligenter pro termino ad producendos testes instare, qui terminus a judice, transmissa reo copia Articulorum ad interrogatoria exhibenda testesque examinandos assignatur, eoque adveniente procedit examen & partes ad publicandas attestationes demum citantur. Mox reus similiter intra sex septimanas a die emanatæ citationis reprobatorios Articulos, si quos habet, & iis uti velit, offerre & simili modo procedere debet; Quibus tandem partibus publi-*

publicatis, reus exceptiones suas contra testes & eorum dicta intra 6. septimanas a die obtentæ copiæ attestationum offert; Actor pari spatio replicando eas defendit, reus rursus duplicando, tandem Actor triplicando concludunt ad sententiam definitivam, quæ inde a judice concipitur, parti bus publicatur, & nisi Leuteratio, vel Appellatio interposita sit, post lapsum decendium executioni mandatur.

NON OBSCURÆ AUT CAPTIOSÆ] Requisita Articulorum de Jure Saxon. vide apud Magnif. *Dn. Ordinar. d. diss. prior. §. 10. lit. E.* Adde Dn. Struv. *ex. 28. th. 12.* Quod de positionibus hic dicitur, etiam de interrogatoriis procedit, quæ & ipsa debent esse pertinentia, non captiosa, nec ad causam præliminaria. *Ord. proc. Sax. tit. 10. §.* ein jeglich *Part. I: in fin. & §.* Nachdem es aber *1. in pr.* ibique Martini *n. 117. p. 692. & n. 3. seq. p. 701. seq.*

Responsionis positionem sequentis forma quænam?

VI. Positionem sequitur responsio, cujus forma est, quod clare & simpliciter, per verbum credit, vel non credit, sub juramento respondendorum, fieri debeat. *Responsio autem (Non credo, nisi probetur) a Dd. admittitur, ita ut secundum Baldum noceat respondenti, quia post probationem factam, tanquam confessus, non poterit appellare. Gail. 1. obs. 82. n. 10. Idem esse videtur in responsione; Non credo, nisi instrumentum appareat.*

AD THES. VI.

CREDIT VEL NON CREDIT] Scilicet in factis alienis. At in factis propriis per verbum: Verum est, vel non verum est. Carpzov *P. 1. const. 10. def. 5. & 6.*

Positionum effectus.

VII. *Effectus positionum I. ut eas producens, censeatur ea confiteri, quæ in his continentur, ita ut eam confessionem, ut judicialem, revocare nequeat. II. Is, contra quem positiones producuntur, tenetur ad eas respondere, alias pro confesso habendus. Gail. 1. obs. 80. Effectus responsionis affirmativæ confessionem inducit, & ponentem ab onere probandi relevat.*

Substantiale in ipso judicio. II. Probatio. Vox Probatio dupliciter accipitur.

VIII. Sequitur II. Probatio, *cujus vocis ambiguitas a Dd. non distincta, illud Baldi verum esse probat: Probationis genus in mentem legislatorum cadere non posse; Accipitur autem potissimum tripliciter, vel pro medio & causa probante quæstionem seu intentionem, & est idem, quod argumentum, vel pro actu adhibente illud medium; vel pro effectu medii probantis, seu ipsa Conclusione. Respectu litigantium probationes si consideras, non erres, si per actum judicialem definis. Nos autem quia judiciis causa potissimum adhibentur, prout se habent tanquam effectus argumentorum, describimus, quod* sit negatæ

Digitized by Google

gatæ intentionis. *l. c. ff. h. t.* confirmatio. *Ita malo, quam cum aliis rei dubiæ ostensionem dicere. Ostendere enim rem dubiam non est probare rem, id est, dubietatem tollere, sed exponere. Eodem modo nec demonstratio dici potest*, argumentis legitimis, *omnibus modis, quibus rei dubiæ fidem facimus, l. 13. C. de non num. pec.* ad fidem judici faciendam, *quæ est finis, l. 12. in fin. h. t.* Utraque vel Plena, * vel semiplena; *Hæc non plenam fidem, sed opinionem tantum inducit, uti est, quæ fit per testem unicum, opinionem, famam, literas privatas, rationes, præsumtiones modicas. Vide Pacium ad l. 3. C. de reb. cred. n. 17.*

Probatio h. l. quid?

Probatio vel plena vel semiplena.

AD THES. VIII.

ACCIPITVR AVTEM POTISSIMVM] Alias acceptiones probationis vide apud Eckolt. *h. t. §. 1.* VVesenbec. *ibid. §. 1.* & omnium optime apud Hahn. *ad d. l. VVesenbecii.*

SI PER ACTVM JVDICIALEM] Uti facit Struv. *ex. 28. thes. 1.* Schüz. *h. t. p. 319.* Eckolt. ex Colleg. Argent. *d. §. 1.*

REI DVBIÆ OSTENSIONEM] Cum Bachovio vid. Eckolt. *d. §. 1.*

OSTENDERE ENIM REM DVBIAM] Videndum tamen an non apud Scriptores Latinos hæc phrasis æque denotet dubietatem tollere ac illa: *Rei dubiæ fidem facere*, quam statim *lin. seq.* in legibus usurpat auctor.

VEL PLENA VEL SEMIPLENA] Potius vel plena vel minus plena. Minus plena autem vel semiplena major, vel semiplena, vel semiplena minor Schüz. *in comp. p. 319.* Conf. Struv. *d. exerc. 28. th. 5.* Etsi autem VVissenbach. nolit probationem minus plenam admittere, eadem tamen satis probatur ab Eckolto *h. t. §. 2.* Neque ratio VVissenbachii aliquid infert, quasi probatio minus plena cum opinionem solum pariat, non possit dici judici fidem facere. Nam opinio non opponitur fidei, sed scientiæ. Vide Magnif. Dn. Ordin. *d. diss. 1. th. 50. lit. H.*

IX. Probare debet, qui dicit seu adfirmat aliquid in judicio, *non qui negat, l. 2. l. 5. l. 21. & 22. π. h. t. l. 8. C. eod. Negantis enim per rerum naturam nulla est probatio, l. 23. d. t.* sive sit actor, sive reus? *Sed quia actor semper aliquid intendit, quoties reus negat, toties actori incumbit probatio, l. 21. ff. l. 8. l. 23. C. h. t. l. 4. l. 6. l. 21. l. 23. π. de probat. Mercer. 2. Opin. 10. Quod si reus de intentione confessus, aliquam defensionem opponat, v. g. Liberationem ipso jure vel exceptionem alleget, quia jam non negat; sed dicit aliquid, probare debet. Nam in exceptionibus, reus actoris partibus fungitur, l. 19. ff. h. t. Quod si uterque dicere & negare videtur, is probat, qui primus litem in judicium deducit. Et si non liqueat, quis actor sit, ut*

si in rerum corporalium petitoriis uterque se possidere dicat, ubi quæstio dirimitur per interdictum retinendæ possessionis, ibi possessor tanquam reus probatione relevatur l. 20. ff. l. 15. C. h. t.

AD THES. IX.

NEGANTIS] Regulæ hujus exceptiones vide apud Eckolt. *hic §. 1.* Adde Schilt. *p. 133. in O.* & Struv. *ex. 29. th. 6.* ubi casus exceptionum.

ETSI NON LIQUEAT] Adde supra *dissert. 27. th. 4.*

An intentio juris etiam probari debeat.

X. Probari autem debet non solum intentio facti controversi: sed & * juris, *quamvis enim ius in thesi certum sit: sæpe tamen in applicatione incertum est, quod qui negant, non intelligunt statum legalem ἀπὸ ῥητοῦ καὶ διανοίας in Rhetoricis.* Quatenus ad rem pertinet & causæ decisionem spectat, *sive quæ probata profutura sunt probanti, argum. l. 15. ibi: neque enim inanibus, C. de resc. vend. Nam impertinentium, quæ nihil ad rem faciunt, probatione quidem a volente admittenda, auth. in isto. C. de iureit. propt. cal. l. 21. & 22. C. h. t. Quæ autem ad causæ decisionem pertineant, ex libello desumuntur.*

AD THES. X.

FACTI CONTROVERSI] Excluditur itaque factum notorium, quod probatione non indiget Eckolt. *h. t. §. 4.* Struv. *ex. 28. th. 6.*

SED ET JURIS] Dissentiunt Dd. communiter vid Eckolt. *d. th. 4.* Vide tamen annon opiniones dissentientes conciliari possint per ea, quæ habet Struv. *d. ex. 28. th. 8.* Nam in applicatione juris ad factum non tam jus incertum est, quam potius circumstantiæ facti sæpe latentes nisi ab Advocato eruantur. Quodsi tamen quandoque eveniat, ut certis omnibus facti circumstantiis de decisione facti juridica dubium sit, sane nec partis nec Advocati officium est dubietatem decidere, sed hæc res magis ad Judicem spectat, cui adeo si contraria placeat opinio, parti nihil proderit, si pro sua opinione vel viginti leges, aut Dd. allegaverit. Ergo quamvis nunquam probari DEBEAT jus, utile tamen nonnunquam erit, si in casu quodam speciali ac singulari bonum & stringentem juris textum aut præjudicium in causa quadam simili adducat advocatus. Wesenbec. *h. t. n. 7.* jus tum demum non probandum esse ait, si id non negetur propter *legem 5. ff. h. t.* Sed respondet ei Hahn. *d. l.*

Quæ probationes faciendæ post litem contestatam?

XI. Faciendæ sunt probationes post litem contestatam & intra terminum a jure præfixum, *t. t. X. ut lit. non cont. Inde testium dicta, litis testimonia dicuntur. l. 4. π. de test.) Nam ante litis contestationem adhuc ignoratur, quid inter partes controversum futurum sit, adeoque antequam de re controversa constet, probatio, quæ contro-*

Digitized by Google

troversorum est, locum non invenit. Exceptis exceptionibus dilatoriis, & peremtoriis, etiam privilegiatis, quæ litis ingressum impediunt, quæ uti ante lit. cont. proponuntur, ita & probari debent. Excipitur etiam examen ad perpetuam rei memoriam. De quo Mynſ. cent.1. O.71. Gail. 2. O.92. 94.97. Quod iuri veteri incognitum. Nec probatur per l. in lege 40. π. ad L. Aq. l. laudabile. §. quoties C. de adv. diverſ. ind. Nov. 90. c. pen.

AD THES. XI.

INTRA TERMINVM A JURE PRÆFIXVM] Quis terminus sit a jure tum communi, tum Saxonico præfixus, vide apud Magnif. Dn. Ordin. *d. disp. prior. th. 50. lit. G.*

ETIAM PRIVILEGIATIS] Vide supra dicta ad *disput. 33. th. 15. verb. etiam post litem contestatam.*

EXAMEN AD PERPETVAM REI MEMORIAM] Vid. *Ord. proc. Saxon. tit. 27.* Alias exceptiones & quando probationes post litis contestationem demum non debeant fieri, tradit Eckolt. *h. t. §. 5.*

NEC PROBATVR PER L. IN LEGE 40. ff. AD L. AQVIL.] Qui textus sane nihil probant. Nam *d. l. 40. ad L. Aquil.* illud saltem notat, quod ob speciale futurum interesse actio possit ante conditionem existentem institui *l. 4. §. 4.* vero *de adv. diverſ. iudicum* de summaria legitimationis (actus non contentiosæ sed voluntariæ jurisdictionis) demonstratione agit. *Nov. denique 90. c. pen.* nihil aliud dicit, quam quod mediator partibus volentibus ad testimonium dicendum cogendus sit.

XII. Fit *probatio* argumentis vel artificialibus, quæ ipsi rei sunt insitæ, *ut sunt, quæ indubitato contingunt, item quæ vel antecedunt, aut consequuntur necessario.* Vel inartificialibus, cujus generis præcipue sunt testimonia & instrumenta. *Hæc autem divisio argumentorum ambigue ab interpretibus subiicitur ipsi probationi, quæ ut in iudicio tractatur, ei minime competit, certe improprie, quatenus per probationem innuitur effectus argumenti, seu id, quod argumentis ostensum est, sic se habere.*

Fit probatio argumentis artificialibus vel inartificialibus. Utraque quid?

AD THES. XII.

VEL ARTIFICIALIBVS] Ex locis topicis artificialibus desumtis. Vide Everardi locos legales. Adde omnino Hahn. *ad VVesenb. h. t. n. 4. f. 57.*

AMBIGVE AB INTERPRETIBVS] Videtur innuere VVesenbecium & Hahnium *dd. ll.* quos tamen sine causa stringit, tum quod supra *th. 5. his* ipse auctor probationem illam definivit, quæ sit effectus argumentorum, tum quod, etiamsi probatio pro ipso actu judiciali accipiatur (*vid. d. th. 5.*) nihil tamen obstare videatur, quo minus eadem in artificialem & inartificialem distingui possit.

Testimonium quid?

XIII. Testimonium est affirmatio rei controversæ, fidei faciendæ gratia, perhibita. Testes esse possunt omnes, qui non prohibentur. Prohibentur *natura vel in totum* furiosus, *l. 5. ff. de test. & l. 20. §. 4. ff. qui test. fac. poss.* Infans, *l. 18. C. de J. de lib. ut & infantiæ & pubertati proximus, etsi intellectum habeat hic, l. 3. §. 5. de test. Nisi post pubertatem de iis, quæ brevi ante illam vidit, Rotbach. de test. n. 6. Excepto crimine Majestatis, in quo & impubes testari potest, l. 10. §. 1. ff. de quæst.* Mutus & surdus natura. *Nam casu talem, si literas novit, nihil est, quod prohibeat; vel ex parte,* Minor 18. annis, *qui in causis quidem civilibus omnino: Sed in criminalibus non admittitur; nisi 20. annos complevit duntaxat, l. 20. ff. de testib.*

AD THES. XIII.

TESTIMONIUM] Testis est persona, quæ ad fidem de re aliqua faciendam ad judicem vocatur & examinatur Hahn. *ad VVesenbec. de testibus n. 2.*

PROHIBENTUR NATURA] Quia natura arcentur a testimonio eos communiter Dd. IMPEDIRI dicunt, qui lege PROHIBERI. Alia methodo & quidem ductu Callistrati *in l. 3. §. 5. ff. de testibus* personas ad testimonium dicendum inhabiles refert Eckolt. *h. t. §. 3. & seqq.* Aliter Struv. *ex. 18. th. 38. seqq.* Aliter Schüz. *in comp. h. t. p. m. 337. seqq.* qui etiam plures a testimonio dicendo rejectos suppeditabunt.

FURIOSUS] Nisi dilucida intervalla habeat *l. 20. §. 3. & 4. qui testam. fac. possunt.* Huic adde mente captum *arg. §. 4. Instit. de curat.* non tamen hominem simplicem aut insipidum einen Einfältigen. Dn. Struv. *d. th. 38.* neque prodigum (uti quidem facit Dn. Struv. *dict. l.*) quia hic saltem in rerum alienatione furioso æquiparatur, & in specie in causa testamenti a testimonio arcetur §. 6. *de inst. testam.*

ET PUBERTATI PROXIMUS] Infans quidem & infantiæ proximus a natura impediuntur, quia intellectum non habent. At pubertati proximus, cum ipso auctore fatente, intellectum habeat, quomodo dici posset a natura impediri? Quin potius qui in crimine læsæ majestatis admittitur, ille natura non impeditur. Nec imo pubertati proximus lege prohibetur. Nam quam auctor adducit *l. 3. §. 5. ff. de testibus*, ea loquitur de causis criminalibus saltem. Vide pluribus Eckolt. *h. t. §. 3.* Schüz. *in comp. p. 336. in S.* Hahn. *ad VVesenbec. h. t. n. 3.*

MINOR 18. ANNIS] Si pubertati proximus natura non impeditur, neque natura impedietur minor 18. annis. Accedit quod qui natura impeditur, nunquam ex parte, sed semper in totum videatur impediri. Ideoque minor 18. annis (vel potius, quod & sensus suadet: minor XX. annis) ad eos, qui lege ex parte prohibentur, referendus erit. Conf. Schütz. *in comp. p. 337. lit. D.*

XIV.

Digitized by Google

XIV. *Lege in totum* Servus, *l. 32. ff. de R. J. statu liber. arg. l. 29. ff. de St. lib. & adscriptitius, l. 21. & l. ult. C. de agric. & cens. Nisi aliunde veritas haberi non possit, ubi tortura subjiciendus, l. 7. l. 21. §. 2. de testib.* usurarius manifestus, *Jure Can. c. 2. de usur. in 6.* Bannitus, *quia omni juris communione exclusus: & excommunicatus, c. excom. X. de hered.* *Ex parte* infamis, *non qui facti infamia laborat, quem in civilibus & criminalibus admittendum puto, arg. l. 1. §. 1. de test. sed juris infamia, nec is omnis: sed* si expresse prohibitus reperiatur, *arg. l. 2. ff. de Senat. l. 3. §. 5. ff. de testib. Qui autem expressi jure sint prohibiti, vide ap. Wesenb. par. h. t. n. 3.* * *Non prodigus, qui voluntatem habere negatur. l. 11. de R. J. non nisi quoad administrationem bonorum. Quamvis ejus, ut & infamia laborantis cujusvis testimonium, tanquam personarum vilium, plenam fidem mereri non adserimus, arg. l. 3. de test.*

Servus quis testis esse possit?

Infamis an testis esse queat?

AD THES. XIV.

SERVUS] Neque hi tamen in totum prohibentur, sed ex parte saltem vide Eck. *d. th. 3.* Schüt. *d. t. p. 337. lit. C.* Struv. *ex. 18. th. 38.*

USURARIUS MANIFESTUS] Hæc auctoris sententia ex *d. cap. 2. de usuris in sexto* non probatur. Dicitur enim ibi solum: *Nullus manifestorum usurariorum testamentis intersit.* Exinde vero non licebit concludere: ergo in totum prohibentur testimonium dicere propter instantiam fœminæ & prodigi. Illud quidem constat Usurarios infamia laborare & quidem secundum communem *Dd.* sententiam infamia juris *can. infames 2. caus. 3. qu. 7. cap. inter 11. in fine X. de excessu Prælatorum.* Lancelottus *in inst. Jur. Can. lib. 4. tit. 7. §. 2.* ibique Magnif. Dn. Ziegler. *p. 473.* Ungep. *ad Decret. tit. de usur. n. 11. p. 614.* Zoes. *in Decret. eod. tit. n. 42. p. 571.* Ergo ex iis, quæ jam de infamibus dicentur, ad Usurarios facile inferri poterit.

EX PARTE INFAMIS] De jure civili recte se habet auctoris assertio. Vide omnino Schüz. *h. t. p. 337. lit. C.* Conf. Eck. *hic d. th. 3.* Hahn *ad Wesenb. h. t. n. 3.* Magnif. Dn. Ziegl. *ad Lancelotti Inst. Jur. Canon. lib. 3. tit. 14. §. 16. p. 813.* At quoad Jus Canon. aliter se res habet, secundum quod infames omnino a testimonio dicendo in totum repelluntur. *cap. 54. X. de testib. can. infam. c. 6. q. 1.* quos textus tamen alii generaliter de omni infamia accipiunt, vid. Magnif. Dn. Ziegl. *d. l.* Merium *citatum a Schützio d. l.* alii vero ad infamiam juris restringunt ut Schüt. *d. l.* Limitanda tamen est assertio ista, quod infamis a testimonio dicendo rejiciendus sit, ut non procedat si testis infamis contra pariter infamem deponere debeat. Magnif. Dn. Ziegl. *ad Lancel. lib. 3. tit. 8. §. 19. p. 770.*

XV. Libertus contra Patronum, liberosque ejus, *l. 3. §. 5. l. 4. ff. h. t. l. 12. C. eod.* Inimicus,* *etsi capitalis non sit, modo cum eo lis sit criminalis, Nov. 90. c. 7.* Hæreticus & Judæus contra Christianum, *l. 21. C. de hær. & man. Nov. 45. c. 1. Non contra sese invicem. Ut nec repelluntur in Testamentis & contractibus, d. l. 21.* Laicus contra Clericum, *in causa criminali, c. 14. X. de test. nisi graviori, Farin. q. 61. n. 100. & Clericus, contra Laicum, c. 2. c. 14. q. 2.* domesticus pro domestico, *prohibetur, l. 3. C. de test. l. 24. §. eod. Est autem domesticus, qui uni patrif. subest, l. 25. §. 2. l. 31. §. 15. ff. de adil. ed. Puta parentes & liberi, l. 6. C. de testib. l. 6. l. 9. ff. eod. sive sint legitimi, sive naturales, sive spurii, arg. l. 4. & l. seq. π. de in jus voc. (Excepto, si atas liberorum probanda, l. 16. de probat.) Item fratres in eadem potestate. arg. §. 10. Inst. de testam. Cæteri tantum in causa civili modica, Menoch. de A. I. Q. cas. 204. n. 4.* Conjuges, *Wesenb. h. t. n. 4. Sandius, l. 10. 3.* Mercenarii, *nobiscum habitantes arg. l. 24. π. de test. l. 3. C. eod. Nisi utrique parti æque sint domestici aut agatur de negocio domestico, Wesenb. h.* Tutor pro pupillo, *ne quidem finita tutela, Umm. h.*

Domesticus pro domestico testis non potest esse.

Domesticus quis dicatur h. l.

AD THES. XV.

LIBERTUS CONTRA PATRONUM] Non obstat. *arg. l. 4. ff. h. t.* ut qui textus ex *l. 12. C. eod.* explicari debet, quod scil. ea sit inter testimonium patroni contra libertum & liberti contra patronum differentia, ut patronus non possit cogi, libertus vero nec volens admitti.

INIMICUS] Modo non sit utriusque partis inimicus. Schüz. *in comp. p. m. 359.*

HÆRETICUS ET JUDÆUS] Adde Eckolt. *d. th. 3. in fine* ubi contra Bachovium, Dn. Schilter. *ex. 35. th. 23.* ubi de observantia judiciorum nostrorum. Confer tamen B. Brunneman. *de Jure Ecclesiast. lib. 3. c. 4. §. 19. p. 832.* qui prohibitionem istam cum suis limitationibus prius expositam in Consistoriis nostris haud admittendum esse arbitratur.

LAICUS CONTRA CLERICUM] Nec hoc in Consistoriis nostris observari solet. Brunnem. *d. l. §. 18.* Adde Schüz. *p. 359. circa f.*

DOMESTICUS PRO DOMESTICO] Adde Eckolt. *d. th. 3.* & hujus seriæ magnam partem expilantem Schüz. *in comp. h. t. p. 358. n. 2.* Observantiam judiciorum vide apud Dn. Schilter. *d. exerc. 35. §. 23.*

IN CAUSA CIVILI MODICA] Supple: *admittuntur*, non, ut quidem contextus vult: *prohibentur.*

CONJUGES / *MERCENARII* } Eckolt. *d. th. 3.* Schüz. *p. 359.*

XV.

TVTOR PRO PVPILLO] Curator pro minore aut fœmina majore Schüz, *p. 338. n. 3.*

XVI. Quidam in certis causis prohibentur: mulier in Testamento, §. 6. *Inst. de testam. & causis feudalibus, 2. Feud. 32. In reliquis causis etiam criminalibus non prohibetur, l. 18. ff. h. t. l. 20. §. 6. ff. qui test. fac. poss. l. 8. ff. ad Jul. M. Gomez, tom. c. 3. c. 12. Clar. Prax. crim. §. fin. q. 24.* Judices, Adsessores, *arg. l. 16. C. de postul. in causa, in qua cognoscunt. Item* Advocati, *l. fin. ff. de test.* Qui de universitate sunt, in causa universitatis, *ubi commodum ad universos, ut universos, non ut singulos pertinet, arg. c. 6. & 12. X. de test. Inque criminali causa, in favorem universitatis, qui illius membrum, testimonium ferre nequit, c. super. c. 14. q. 2.* Quilibet in propria causa, *l. 16. ff. de test. l. 10. C. eod. ex qua emolumentum ad nos pervenit, sive principaliter, sive per consequentiam, arg. l. 1. §. 11. ff. quan. si app. & c. 20. X. de test. Exceptis legatariis & fideicommissariis particularibus, §. 11. Inst. de testam. l. 20. pr. ff. eod.*

Mulier an & quaten. testis esse prohibeatur?

An in causa universitatis, qui sunt de universitate, testes esse possunt.

AD THES. XVI.

MVLIER IN TESTAMENTO] An & in codicillis? Negatur. Dn. Schilter. *d. ex. 35. §. 22.* Schüz. *p. 337. lit. D.* qui plura de testimonio mulieris ex Jure Canonico, Longobardico & Hebræorum suppeditabunt.

JUDICES, ASSESSORES / *ADVOCATI* } Eck. *d. th. 3.* Schüz. *p. 338.*

QVI DE VNIVERSITATE SVNT] Schüz. *p. 337. in f.*

XVII. Denique quidam ad testimonium admittuntur, sed non coguntur, fratres, *l. 4. ff. de test. l. 1. §. 10. de quæst.* Adfines, *qui parentum vel liber. loco, aut fratrum sororumve sibi invicem sunt, arg. d. ll. 4. & 5. ff. de test.* Consanguinei, collaterales, ad 6. & 7. gradum, *arg. d. l. 4. l. 10. pr. ff. de grad. & adfin.* Senes & milites, *l. 2. ff. de testib. Publicani item, valetudinarii, qui cum magistratu Reip. causa absunt. l. 8. l. 19. ff. de testib. Sacerdotes ad secreta confessionis revelanda, Gail. observ. 110. n. 8.*

Quidam testes esse possunt sed non coguntur ad dicendum testimonium.

AD THES. XVII.

FRATRES AFFINES CONSANGVINEI] Quando scilicet contra cognatum, aut affinem testimonium dicendum. Confer Schüz. *pag. 339. circa fin.* Nam de testimonio harum personarum pro conjunctis vide *th. praced. 15.*

SENES ET MILITES] Quoad has personas recte animadvertit Bachovius *ad VVesenb. de testib. n. 3. lit. n. p. m. 409.* textus *l. 8. & l. 19. h. t.* in quibus dicitur senes, valetudinarios, milites &c. non cogendos, esse

 expli-

explicandos ita ne rationi rectæ adversentur. Quidni enim cogi debeant istiusmodi personæ, cum possint optimam habere rei scientiam? Non possunt itaque cogi, scilicet ut inviti testimonium dicant extra domum suam *arg. l. 3. 9. f. 6. 1.* Hahn. *ad dict. l. Wesenbec f. n. 7.*

SACERDOTES AD SECRET.] Sacerdotes huc non spectant. Tractat enim auctor in hac thesi de personis, quæ non quidem coguntur, sed tamen ad testimonium admittuntur. Verum sacerdos ad secreta confessionis revelanda nequidem admittitur, cum sub certa pœna ipsi prohibita sit revelatio *c. c. de pænit. dist. 6. c. 2. X. de offic. jud. ordin. c. 12. X. de pœnit.* Vide latius Carpzovii *Jurisp. Consist. lib. 3. def. 15.* Philipp. *ad decis. nobiss. 1. obs. 4.* Et nota est historia de monacho homicidium, ni fallor, revelante, jussu Magistratus laqueo suspenso. Extendit hanc assertionem Gail. *d. l. 1. obs. 100. n. 4.* ut procedat etiam, si quis in casu necessitatis laico confessus peccata fuerit. Plura si quis de obligatione ministri Ecclesiæ ad tacenda ea, quæ ipsi sub fide silentii creduntur scire desideret, evolvat Magnif. Dn. Strykii *disputationem de credentia revelatione cap. 1. n. 51. seqq. cap. 3. n. 46. seqq. cap. 4. n. 41. seq. & cap. 5. n. 70. 71. & 76.* & Beieri *disputationem de sigillo confessionis.*

Testes quando producendi.

XVIII. Producendi sunt testes post litem contestatam, *c. quoniam frequenter. X. ut lit. non cont. Nisi necessitas urgeat ad perpetuam rei memoriam examinari,* sumtibus ipsius producentis. *l. 11. C. de test.* & parte adversa ad hoc citata; *Nov. 95. C. 11.* compellati hujus rei gratia *a producente. arg. l. 1. §. fin. ibi evocati. ff. de test. Suspecti enim sunt, si seipsos ingerunt.* Intra terminum probationi adsignatum, *quo elapso non audiuntur. An mulier, post terminum probationis, adhuc ad dotis probationem admittenda, dissensus est inter Jure Consultos Antecessores Lips. & Scabinatus ibi: Negantibus illis, & his asserentibus. Vide Dn. Carpzov. 3. Resp. 74. Horum sententiam auctoritate legis donavit Saxon. Elector, decis. 4.* Ad minimum duo, *l. 12. ff. de test. Unus enim semiplenam probationem facit, ita ut Judex, pro re nata, ad juramentum suppletoriam descendere possit;* Sive civiliter agatur, sive criminaliter, *c. 23. & 28. X. de test. Nisi in præscriptionis interruptione probanda, ubi tres, l. 2. C. de ann. exc. In renunciatione item SCti Vellejani, l. 23. C. ad SCt. Vellej: In divortio septem, l. 9. ff. de divort. In ventre inspiciendo tres obstetrices, l. 1. pr. ff. de vent. insp. In solutione probanda quinque. l. 14. C. de probat.*

An mulier post terminum probationis elapsum adhuc ad dotis probationem admittenda?

In quib. causis duo testes non sufficiunt?

AD THES. XVIII.

PRODUCENDI SUNT TESTES] Observantiam juris Saxonici vide in D.

P. tit.

P. tit. 21. & in accurata synopsi ap. Magnif. Dn. Ord. *d. disp. ad univ. jus Jud. th. 51.*

AD PERPETVAM REI MEMORIAM] Et horum tamen testium testimonia demum post litem contestatam producuntur & publicantur vid. *Ord. Proc. Saxon. tit. 27. §.* Wenn nun das Gezeugniß. Adde Schüz. *in comp. de probat. p. 330. in D.*

COMPELLATI HVJVS REI GRATIA A PRODVCENTE] Quamvis suspecti sint testes, qui seipsos ingerunt, tamen exinde non sequitur, eos hujus rei gratia a producente compellandos esse. Neque etiam auctoris assertionem probat *d. l. 1 §. ult. verb. evocari ff. de testibus*, utpote quod verbum rectius de citatione intelligitur. (*Conf. Schüz. in comp. p. 336. lit. C.*) Et contrarium potius docetur in *l. 11. ff. de testibus canonizata in can. 3. c. 4. qu. 3.* Quinimo moribus nostris in interrogatoriis generalibus ad personas testium directis sæpissime poni solet ab advocatis articulus: Ob Zeuge nicht von Producenten in dieser Sache Zeugniß [illegible] geben angesprochen worden? in tantum, ut inter DD. nonnulli docuerint testem ad perhibendum testimonium a producente rogari plane non debere, cum ex petitione aliqua sinistra suspicio suboriri & ita testis ob præmium favoris suspectus fieri & corrumpi queat, per textus & auctores, quos citat *Martini ad Ord. P. S. tit. 20. §. 2. n. 81. p. 713. seqq.* Quamvis autem contraria sententia verior videatur, quod facta petitio & compellatio producentis testem suspectum de subornatione facere nequeat, modo cesset corruptio & testis juret se non privato odio neque amicitia, neque pro aliquo commodo esse inductum, sed veritatem se dicturum *vid. Mart. d. l.* tamen ad omnem suspicionem tollendam tutius est, si plane abstineant producentes compellatione testium privata, cum non omnes producentes ita sint eruditi, ut debitam in compellatione circumspectionem adhibeant.

QVO ELAPSO NON AVDIVNTVR] *O. P. S. tit. 20. §.* Und dieweil die zur Beweisung & §. würde sich auch *§. ult. Magnif. Dn. Ord. d. disp. prior. th. 50. lit. G.* Varias tamen hujus theseos limitationes & quando elapso termino Jure præfinito aliquis [illegible] probationem admittatur vide in *decis. nov. ff. 4. ibique Philipp. obs. 2. 3. 4. & 5.*

HORVM SENTENTIAM] Quia mulieres Jure Saxon. æquiparantur universitatibus & minoribus *d. decis. 4.*

PRO RE NATA] Si scil. testis ille unus sit omni exceptione major. Quod si non sit, juramentum purgatorium locum habet. *Schüz in comp. de probat. p. 329. in T.* Dantur tamen casus, ubi testis etiam unicus admittitur, quos recenset *Magnif. Dn. Ordin. d. disp. 1. th. 51. lit. B.*

XIX. Producti Examinantur, *I. ut singuli testes, in præsentia partis utriusque, juramento obstringantur, l. 9. l. 18. de test. Nisi juramentum consensu partium remissum sit, c. fuis. 39. X. de test. Quid in summarissimo? an debent testes esse jurati? Affirmant JCti Antecess-*

In summariſſimo teſtes jurati eſſe non debent.

ſeceſſores Lipſ. Finckelthauſ. obſ. 32. Negant Dn. Scabini ibidem, Dn. Carpz. Juriſpr. part. 2. conſt. 7. def. 17. & lib. 1. Reſp. 11. Quorum ſententia receptior. Nempe ut juratus unus, vel plures injurati ſufficiant. Quam ſententiam etiam deciſione probavit Saxon. Elector. dec. 1. An artifices debeant jurare ex arte ſua deponentes? Vide Pacium, qui affirmat, ad l. 9. C. de teſtib. n. 7. II. Separatim clam partibus, auth. at qui ſemel. C. de probat. l. 14. C. de teſt. Nov. 90. c. 4. tam ſuper interrogatoriis, quam articulis audiantur, l. 14. C. de teſt. c. venerabili. 52. in fin. X. eod. Teſtes autem ad interrogata congruenter, c. 53. X. de teſt. l. 11. §. 7. ff. de interrog. III. Ex certis ſcientiæ ſuæ cauſis. arg. l. 18. C. h. t. Sine quibus ne quidem præſumtionem faciunt, l. 4. & ibi Dd. C. h. t. ſed more Romanorum veteri modeſte reſpondebant teſtes, non ſe ſcire, ſed arbitrari, ſibi videri. l. cum quadam. π. de l. Fiſ. l. quid tamen. §. ſi arbiter. π. de recept. Briſſon. de form. lib. 5. IV. Non de auditu alieno, c. 47. X. de teſt. Excepta conſanguinitate, adfinitate, parentela probanda c. de parent. tel. c. 35. q. 6. It. caſu l. 28. ff. de prob. & l. 2. §. 8. ff. de aq. & aq. pl. V. Viva voce reſpondere debeant, c. teſtes. c. 3. q. 9. l. 10. §. 5. ff. de quæſtion. Examine finito, atteſtationes publicantur, *id eſt, divulgantur, promulgantur, utrique litigantium communicantur a judice. Quo facto, neque iterum hi, neque alii ulterius producuntur, auth. atque ſemel C. h. t. c. fraterni. X. h. c. intimavit. X. de teſt. Mynſing. cent. 1. obſ. 41. & cent. 6. Obſ. 59. Gail. 1. Obſ. 105. Sed de hac promulgatione non temere quid reperias in jure noſtro. Sequuntur inde litigantium diſputationes, quas vocat vetus Interpres Novell. N. 90. c. 4. §. ult. De quibus & Cicero paſſim, inprimis in Orat. pro Cluent. Quint. lib. 5. c. 7. Quæ ſunt reprehenſiones vel confirmationes teſtimoniorum & inſtrumentorum.*

Poſtquam examen teſtium finitum, atteſtationes publicantur.

Diſputationes litigantium quid?

AD THES. XIX.

IN PRÆSENTIA PARTIS UTRIUSQUE JURAMENTUM] *O. P. S. tit. 20. §.* Wenn es nun ꝛ. Quod juramentum nec ſtatuto, nec a judice remitti poteſt. *Martini ad Ord. Proc. d. l. n. 6. 7. p. 719.* (quoad ſtatutum tamen rectius diſſentit *Philipp. ad deciſ. 1. obſ. 9.*) in tantum ut ſi teſtis abſque juramento fuerit examinatus, etiam jam publicatis teſtimoniis iterum præmiſſo juramento de novo erit examinandus.

QUID IN SUMMARIISSIMO] Concedit equidem *Carpzovius d. Reſp. 11.* quod ſi poſſeſſio per unum teſtem probetur, is juratus eſſe debeat; Sin vero plures ſint, non jurati ſufficiant.

SEN-

SENTENTIA RECEPTIOR] Adducit equidem *Carpzovius* pro sua opinione *d. Resp. 11.* consensum supremi Appellationum judicii, sed & *Finckelthusio* tamen non deest consensus Curiæ Electoralis supremæ Lipsiensis, ad quem provocat *d. obs. 32.*

QUAM SENTENTIAM] Imo non sed potius probavit Serenissimus sententiam *Finckelthusii d. decis. 1. verbis:* So lassen wir uns doch die andere Meinung &c. nisi forte ex mora tumultus, vel aliud periculum metuendum sit, quo demum casu testes plures non jurati admittuntur a Serenissimo. Quid vero respondendum sit ad rationes Carpzovii, docet *Finckelthus. d. obs. 32. Philipp. ad d. decis. 1. obs. 7. & 8.*

AN ARTIFICES] Unde ex observantia judiciorum nostrorum pro re nata, nec attestata Medicorum, quæ subinde partibus dare solent, nisi jurata valent.

SEPARATIM, CLAM PARTIBUS] Ita quidem tenet usus fori natus ex non satis intellecta *l. 14. C. de test.* cum lege scripta potius utroque litigatore præsente interrogari testes debeant *l. pen. C. de testib. l. 18. C. de fide instrum. Nov. 90. cap. ult. arg. l. 27. §. 7. ff. ad L. Jul. de adult. Matth. 26. v. 61. Magnif. Dn. Ordin. d. disp. prior. th. 51. lit. L. Conf. Eckolt. ad tit. de testibus. §. 4.*

TAM SUPER INTERROGATORIIS] Inde etiam formula juramenti testium ad interrogatoria dirigitur *Magnif. Dn. Ord. d. l. lit. M.*

ATTESTATIONES PUBLICANTUR] *Ord. Proc. tit. 20. & 21. passim. Magnif. Dn. Ordin. d. l. th. 55. lit. A.*

NON TEMERE QUID REPERIAS] Forte ob istam rationem, quod Jure Romano, ut modo dictum, examina testium separatim a partibus facta non sunt. Ergo nec ejusmodi promulgatione fuit opus.

LITIGANTIUM DISPUTATIONES] *Ord. proc. S. tit. 29. & in synopsi Magn. Dn. Ord. d. th. 55. lit. B. seqq.*

XX. Instrumentum est Scriptura rei controversæ fidem faciens. Idque vel publicum, vel privatum. *Forense autem l. 20. C. de fid. Instr. non constituit tertiam speciem: sed sub publico comprehenditur.* Illud publica autoritate conficitur, vel ab ipso magistratu, vel ejus jussu, *quo pertinent scriptura sigillo publico signata, acta publica, quia actis insinuantur, & similia. Quaritur, an si instrumento Notarius signum suum Notariatus non impressit, instrumentum vitietur? Neg. Antecessores Acad. Lipsiensis. Sed contrarium statuunt Dn. Scabini, teste Dn. Carpz. lib. 3. Resp. 85. quorum opinionem Potentiss. Elector Sax. decisione sua firmavit. Quid de antiquis scripturis publicis, in loco publico parietibus, columnis incisis vel infixis. An gesta antiqua legitime his probentur. Affirm. Mornacius ad l. 6. C. de rel. & sum. fun. Berlich. p. 1. concl. 36. n. 76. Gail.*

Instrumentum quid?

Publicum.

An gesta antiqua antiquis scripturis publicis in loco publico infixis legitime probentur?
An in antiquis, historicis & chronicis credendum?
Privatum.

2. O. 149. n. 8. An historicis & chronicis in antiquis credendum? Aff. Bart. & Alex. l. 1. n. 22. ff. de reb. cred. Et ibi Dd. communiter. Freber. ad Leopold. p. m. 52. Privatum, quod a quovis privato scribitur, *uti libri rationum, quos mercatores, artifices de rebus suis emtis & venditis, & aliis conficiunt. Quo referri possunt* die Erbe register *quos Nobiles habent, in quibus servitia subditorum describunt. Annotationes privatæ. l. 5. C. de probat. Chirographum, quo quis fatetur se debere. Syngrapha, quæ manu paciscentium in alicujus rei fidem fit; Apocha, solutæ pecuniæ confessio. Antapocha dupliciter fit, primo si debitor fateatur se creditori pensionem solvisse, ut in Emphyteusi fieri solet, quæ propria est verbi hujus acceptio, arg. l. 18. C. de fid. instr. Deinde si creditor accepta pensione duas apochas scribat dandas debitori, ut harum altera apud ipsum remaneat, alteram subscriptam creditori reddat, quæ vicem antapochæ sustinet. Cujac. ad l. 13. C. de fid. instr.*

AD THES. XX.

FORENSE ENIM] Adde *Gottofr. ad d. l. 20. C. de fide instrum. lit. M.*

ILLUD PUBLICA AUCTORITATE] Instrumentum publicum vel est in specie tale, quod publica Magistratus auctoritate gestum confirmatumque, vel quod ob formam solennem publico accensetur, quale est a Notario confectum. *Magn. Dn. Ord. d. diss. th. 54. lit. A. Conf. Eckolt. ad tit. de fide instrum. §. 2.*

AN SI INSTRUMENTO NOTARIUS] Sunt & plura requisita a Notario in Instrumento observanda, quæ summariter recenset *Schütz in comp. p. 334. lit. Q. Philipp. ad decis. noviss. 10. obs. 2.*

DECISIONE SUA] *Dicta decis. 10.* Et hanc sententiam Juri Imperii nostri esse conformem probant ea, quæ differit *Carpzov. d. Resp. 85. Philipp. ad d. decis. 10. obs. 3,* ut adeo frustra novissime dissentiat *Schütz in comp. d. p. 334.* ejusmodi instrumento privato Notarii sigillo subsignato a producente juramento suppletorio succurri posse statuens, secutus hac in parte responsa Hallensium & Jenensium recensita a *Richtero P. I. decis. 32. n. 26. 27. p. 416.* In vidimatione tamen a Notario facta sufficit sigillum privatum. *Carpzov. d. resp. 85. n. penult.* quod & praxis observat.

PRIVATUM] Quoad species Instrumenti privati conf. *Struv. ex. 28. th. 23. Schütz p. 332. lit. D. E.*

RATIONARIA TAMEN MERCATORUM] De libris mercatorum quod semiplene probent, vide etiam *Finckelth. obs. 70. Gail. lib. 2. obs. 20.* quæ assertio equidem a nonnullis cum Mevio *ad Jus Lubecense lib. 3. t. 6. art. ult.* restringitur ad solum librum principalem das Haupt- oder Schuld-Buch / ita ut adversaria, das Journal oder Hand-Buch / item chartæ rhapsodicæ das Glitter- oder Kleck-Buch nihil probent, moribus tamen

men judiciorum nostrorum, præprimis quoad ephemerides, quas sæpius a mercatoribus ad recognoscendum productas memini, contrarium observatur. Posse etiam per statutum, aut consuetudinem quandam disponi, ut libri mercatorum plene probent, nullum est dubium. *Vid. Gail. 2. obs. 20.* At stante ejusmodi consuetudine absurdus & vix primis Justinianeis condonandus est error, quem post alios sequitur *Mascardus de probat. vol. 2. conc'. 1050. n. 22.* libros ejusmodi non solum plene probare in loco, ubi viget consuetudo, sed etiam extra territorium.

XXI. Eduntur instrumenta ab actore reo petenti, rationes omnes, etiam quibus actor usurus non est contra reum, *l. 5. cum l. seq. C. de eden.* * Instrumenta autem ea tantum, quibus usurus contra reum *in judicio est, l. 1. §. 3. ff. de eden. A Reo non eduntur actori, l. 1. l. 4. C. de eden. Nisi ad replicationem ejus fundandam, l. fin. ubi Dd. commun. C. h. t.* * *Ne quidem rationes ad fundandam actoris intentionem, l. 4. & l. fin. Exceptis causis favorabilibus fisci, dotis, alimentorum, matrimonii, l. 3. h. t. Et instrumentis communibus, l. 9. ff. eod. Et illis, quæ mandante & consentiente actore, vel alias ejus nomine, confecta sunt, arg. l. 4. pr. & l. 16. §. 5. d. t.* — *Instrumenta quæ ab actore & reo edenda?*

AD THES. XXI.

EDVNTVR] Antequam ad editionem instrumentorum perrexisset auctor, dicere etiam quædam debuisset de productione & recognitione instrumentorum (ad analogiam eorum, quæ de testibus *th. 18. & 19.* disseruit) Ergo quæ hic desunt, supplenda erunt ex *Ordin. Proc. Saxon. tit. 24. & 25. & Magn. Dn. Ord. dict. diss. th. 51.* ut & *Dn. Schilt. ex. 34. th. 18. 19. 20. 21.*

AB ACTORE] Adde *ord. proc. Sax. tit. 26. Magnif. Dn. Ordin. d. diss. prior. th. 54.* Conf. *Schilt. ad tit. de edendo §. 12. 13. 14. 15. Schüz in comp. tit. eod. p. 33. lit. F.* ubi etiam de instrumentis a tertio edendis.

XXII. Effectus publici instrumenti, quod plenam fidem faciat, *c. 1. X. de fid. instr. Et siquidem a Magistratu vel jussu ejus confectum plus testibus valeat, l. 10. de probat. A Notario vero confectum eandem vim cum testibus, obtineat, l. 15. C. de fid. instr. An judici in decreto vel sententia attestanti, de iis, quæ in judicio transacta sunt, credendum sit, dissenserunt JCti Curia Suprema Lipsiens. & Scabinatus ibid. cui accedit senatus secundarum instantiarum Electoralis. Vide Dn. Carpz. p. 1. decis. 48. Distinguit Elector Sax. an testetur de facto suo, an de facto litigantium testetur. Illic non creditur, nisi quæ acta loquuntur. Hic omnino, eousque donec contrarium* — *Effectus publici instrumenti qualis?* — *Quat. Judici de iis, quæ in judicio transacta, attestanti credendum.*

Effectus qualis instrum. priv. *probetur, dict. 3.* Privati, quod pro scribente non probet, sed contra, *arg. l. 5. C. de probat.* *Rationaria tamen mercatorum bonæ famæ, propria manu scripta, causa debiti expressa, continentia tam data, quam accepta, etiam pro scribente & proferente saltem semiplene probant, Gail. 2. obs. 20. n. 2.* *Maxime, si mercatorum mutuam negotiationem habentium rationes correspondeant.*

Rationaria mercatorum bonæ famæ probant semiplene pro scribente.

AD THES. XXII.

A NOTARIO VERO CONFECTUM] Quæritur: Quod [redacted] exceptiones in continenti per instrumenta probari jubentur, ut in processu executivo observari solet, an etiam nomine instrumenti tunc venit, si quis testes coram Notario & testibus, vel etiam judicialiter examinari & instrumentum desuper confici curet? Affirmatur cum *Dn. Schiltero ex. 24. th. 17.* & aliis pluribus, quos ibi citat, Doctoribus. Sed an item Actor super ejusmodi instrumento actionem executive formare valebit?

Confessio. XXIII. Inartificiali probationi affinis est tum confessio, quæ est ejus, quod in lite est, aut in litem deduci potest, asseveratio. *Ejus olim triplex usus. Unus ad actionem instituendam, ut si quis interrogaretur, an esset heres, & pro qua parte? An possideret, quæ interrogationes in jure fiebant, id est, coram prætore, qv. de tit. π. de interrog. in jure fac. Et fiebat litis instituendæ gratia. Alia erat, quæ ad judicium vel litem tollendam valebat, qua de tit. π. & C. de Confessis: Alia in vim probationis.* Estque vel judicialis, vel extrajudicialis. Illa fit in jure, judiciove coram judice competente, & pro tribunali, *l. 6. h. t. l. 56. de R. jud. l. un. C. de conf. c. 4. X. de judic. præsente adversario, l. 6. §. 3. π. h. t.* Extrajudicialis, quæ fit apud probos & fide dignos homines, extra judicium. *Sive cum rogati ad hoc fuerint, sive non. Harum in genere effectus est, quod contra confitentes, eorumque heredes, non pro iis probent, l. 11. §. 1. de interr. l. 7. C. de probat. Nisi in articulo mortis confessio facta fuerit, ubi pro confitente ejusque heredibus præsumtionem inducit. Wesenb. In specie judicialis confessionis effectus, quod vim judicati habeat, si de tota lite: Sin pro parte, hactenus loco plenæ probationis fit. Extrajudicialis coram duobus ad minimum probatis testibus facta, contra confitentem probat, l. 3. C. de non numer. pec. & Nov. 9. c. 2. In criminalibus indicium tantum facit ad torturam contra ipsum confitentem, l. 12. C. de adult. l. fin. C. de accus. Nisi in tortura dixerit, l. 16. C. de pœn.*

Effectus confessionis in genere.

[redacted] specie.

AD THES. XXIII.

UNUS AD ACTIONEM INSTITUENDAM] Interrogationum olim in jure factarum finem triplicem, earundemque usum modernum, & denique dissimilitudinem inter eas & positiones hodiernas latius exponit *Dn. Schilter exerc. 21. th. 3. seqq.*

ALIA IN VIM PROBATIONIS] Sed hic usus videtur nullus esse, nisi quoad confessionem extrajudicialem. Quod enim in judicio confitetur reus, ejus probatione non opus habet actor. Probatio quippe est negatæ intentionis confirmatio secundum auctorem hic. th. 8.

IN JURE JUDICIOVE] Quænam fuerit inter confessionem in jure & confessionem in judicio factam jure veteri differentia tradit *Eckolt. de confessis §. 1.*

JUDICIALIS CONFESSIONIS EFFECTUS] Confessionis illius, quæ in jure fiebat, effectus quidem est quod haberet vim judicati, produceret actionem de confessis. At si in judicio fiebat, condemnari debebat confessus a judice. *Eck. d. l. th. 1. & 4.* Hodie cum illa distinctio inter jus & judicium non obtineat amplius, distinguendum: Aut reus statim ante litem contestatam confitetur debitum, aut post eandem; Si prius, Magistratus omissa confessoria actione nobili Judicis officio executive contra confessum procedere potest. *Eck. d. l. §. ult.* Si posterius, sententia opus *Strub. ex. 44. th. 24.*

CONTRA CONFITENTEM PROBAT] Et quidem plene, si adhuc alia requisita adsint, quæ recenset *Magnif. Dn. Ordin. d. diss. th. 16. lit. B.* & *Schüz. in comp. h. t. p. 453. lit. b.* His deficientibus semiplene *Strub. d. ex. 44. th. 25.* ita ut pro re nata vel juramentum suppletorium, vel purgatorium accedere debeat. *Magn. Dn. Ord. d. l.*

IN CRIMINALIBVS INDICIVM] Nec hic confundenda confessio judicialis cum extra judiciali. Autoris assertio spectat ad confessionem extrajudicialem. Nam judicialis plene probat *Schüz. d. p. 453.*

NISI IN TORTVRA] Spectat hæc limitatio ad effectum confessionis judicialis. Nam extra judicium torqueri rei non solent. Quamvis igitur nota præcedente dictum sit confessionem judicialem in criminalibus facere plenam probationem, tamen hæc assertio dupliciter limitanda. Aut enim fit sponte, aut per torturam. Priori casu in delictis facti immanentis ante omnia de corpore delicti constare debet. *Schüz. d. p. 453.* Posteriori non valet, nisi post torturam ab inquisito repetatur & confirmetur *Carpzov. Crim. qu. 126.*

XXIV. Tum Jusjur. *quod & simpliciter jurandum, juramentum, sacramentum, dejurium dicitur, ab Aristotele definitur, Rhet. ad Alex. c. 18.* μετ᾽ θείας προλήψεως φάσις ἀναπόδεικτος, *quod novissime Meibomius in jusjur. Hippocr. p. 18. ita interpretatur: Jusjurandum est cum veneratione divina assertio, quæ demonstratione non indiget. At* πρόληψις *nihil aliud sonat, quam assumtionem, vi*

 vir-

Digitized by Google

verbi, & uſu Græcorum notiſſimo. Et vel maxime ex Ariſtotelis ſilo. Capite n. 8. ubi de probationibus incipit, dividit ea ſic, ut quædam ex ipſis verbis, negociis, & hominibus proveniant, quædam adjiciantur ex iis, quæ geruntur, dicunturve, quæ appellat, τέχνας, ἐπιθέτους, adjectitios, inter quos recenſet, μαρτυρίας, ὅρκους, βασάνους. Eſt ergo ei jusjurandum quædam probatio, quæ non ex ipſo negocio, verbis, hominibusve, de quibus agitur in judicio, reſultat, ſed quæ provenit ἐκ παραλήψεως. Deinde Φάσις ἀναπόδεικτος, nequaquam eſt, aſſertio ejus, quod demonſtratione ulteriore non indigeat: ſed quæ probationem aut demonſtrationem non admittit, certe non habet, adeoque vel maxime indigeat. Patet itidem ex uſu Græcorum, & Ariſtotelis mente. Jusjur. enim Philoſopho eſt in argumentis ἀτέχνοις; At ſola illi ἔντεχνα dicuntur ἀποδεικτικά. Donat. Hecyr. 4. 4. Ubi, inquit, argumenta & teſtimonia deficiunt, ibi jurej. opus. Et eſt ἄτεχνος πίστις. Nihil aliud ergo Ariſtoteles, quam jusjur. eſſe eſſatum non demonſtratum, probationis ſed demonſtrationis expers, ea carens, cum aſſumtione quadam divina: Cui firmando aliquid divini aſſumitur. Nobis nihil aliud, quam confeſſio religioſa (cum Clem. Alexand. cui ὁμολογία) ad faciendam fidem. Nec ſolum nominato Deo, ſed & aliis rebus fieri, exempla cum veteris tum novi teſtamenti, & Eccleſia primitiva docent, vide Grot. de J. B. 2. 13. 11. Apoſtolus ad Hebr. c. 6. ſolummodo requirit τὸ μεῖζόν τι ἄνθρωποι κατὰ τοῦ μείζονος ὀμνύουσι. Philo de LL. ſpecial. Si neceſſitas, inquit, poſtulat religionem jurisj. magis decet jurare per patris, aut matris ſanitatem. Conf. Dn. Urſini Anal. ſac. lib. 1. c. 12. nec diſſentiunt Theologi, Luth. tom. 4. Jen. Germ. fol. 514. §. Alſo hat Joſeph. *M. Chemnit. tom. 2. de Lege Dei ad præc. 2. Quare Eccleſia orthodoxa ſeculi ſexti non improbavit formulam jurisjurandi, quæ habetur Nov. 8. tit. ult. publice quantumvis tum receptam & omnibus notiſſimam. Quâ de re alibi prolixius agetur.*

Jusjurandum ſec. Ariſtot. quid?

Jusjurandum ſec. autorem quid? Id non ſolum Deo, ſed & aliis rebus nominatis recte fit.

AD THES. XXIV.

NEC SOLUM NOMINATO DEO] Hoc facile conceſſerim ad juramenti in genere eſſentiam non neceſſariam eſſe expreſſam Dei nominationem; Neque hoc quod ſciam, aliquis negavit. Sed videtur Auctor hic aſſerere, quaſi nec ad juramentum requiratur invocatio Dei etiam implicita, quod ipſi nequaquam concedendum. Nullum enim eſſe poteſt juramentum,

tum, nisi in quo Deus invocatur, ut testis, aut ut vindex sive explicite, sive implicite. Vid. *Dn. Pufend. de J. N. & G. lib. 4. cap. 2. §. 3. Robert. Sanderson de juramenti obligatione Praelect. 1. §. 4. p. 7. seqq. Schütz. in comp. de Jurejur. p. 135. lit. R.* Neque alia est mens Grotii ab auctore citati, quem vide *d. c. 13. §. 10.* Quamvis exempla non omnia recte ab eo adducantur, quam ob rem notatur passim Commentatoribus ibidem. Argumentis ab auctore hic adductis videtur satisfacere voluisse *Strub. ex. 17. th. 6. 7. 8 9. & in resolut. ibid. p. 251.*

XXV. *Etsi vero ratione finis unicum sit, confirmatorium, ratione tamen objecti aliud dicitur confirmatorium, aliud promissorium, aliud decisorium. Confirmatorium, actum aliquem separatum praesupponit, cujus confirmandi gratia adjicitur. Actus ille vel jure civili est validus, & tum iuramentum quoque validum, v. g. Contractus minoris non habentis curatorem. Cui si accedet iuramentum, iam adversus illum non potest restitui minor, l. 1. C. adv. vend. Vel non valet actus, & iure civ. nec iuramento convalidatur, l. 5. §. 1. C. de LL. l. 3. C. de rest. in integr. Secus Jure Can. cui accommodavit auth. Sacramenta puberum. C. si adv. vend. Fridericus Imp. Alias enim nihil novi constituisset: Et controversiam Bulgari & Martini indecisam reliquisset. Denique quia authentica LL. Cod. subjecta, iisdem aliquid novi addunt. Pertinet itaque haec Auth. ad contractus iure Civ. invalidos, Gomez. 2. var. res. c. 14. Non omnes, sed hos, qui alias ratione aetatis & iure singulari a minoribus celebrati essent nulli. Ergo si contractus negotiumve nec inter maiores valeret, nec hoc simplici iuramento valere incipit, Gomez. d. l. Gutierrez in rep. Auth. Sacramenta. n. 31. Quia per iuramenti appositionem minor solummodo pro maiore habetur.*

Juramentum ratione objecti in varias species abit. Confirmatorium.

AD THES. XXV.

RATIONE OBJECTI] Quod vel praesens, vel praeteritum, vel futurum. Praesens respicit potissimum juramentum confirmatorium, praeteritum decisorium seu assertorium & futurum promissorium. Conf. *Strub. ex. 17. th. 10.* Ubi promissorium in genere subdividit in promissorium in specie & confirmatorium.

ACTVS ILLE QVI JVRE CIVILI] Efficaciam hanc juramenti confirmatorii distincte explicat *Dn. Strub. d. ex. 17. th. 13. 14.* Huc spectat quaestio de donatione ultra 500. solidos jurato celebrata & actis non insinuata, quam non valere cum Serenissimo Electore *decis. noviss. 26.* asseruimus supra *in not. ad dissert. 8. th. 17. verbis: contrarium respondentibus.* Contra quam disputat *Dn. Strub. d. ex. 17. th. 23.* Quod in arbitrio sit donantis non uti ista exceptione non factae insinuationis, adeo-

que

que non plane illicitum sit ultra 500. solidos adimplere promissionem de donando. Quidni ergo dicendum sit, juramento ita quem adstringi, ut jam quod alias sponte posset præstare necessario implere debeat? Sed ad hæc tollenda sufficere videtur instantia de testamento juramento confirmato, in quo eædem, quas adduxit *Dn. Stru*. locum habent rationes, & tamen in confesso est, illud neque ita stringere testatorem, ut id postea rumpere non valeat, neque, si v. g. septenarius testium numerus, aut alia quædam solennitas Juris civilis in eo non fuerit observata, id ita obligare heredem ab intestato, defunctum in actibus firmis repræsentantem) ut secundum ejus ductum heredi testamentario bona defuncti relinquat.

Promissorium. XXVI. *Juramentum promissorium est, si quid recta iurato promittitur. Idque non præsupponit actum aliquem antecedaneum, cui accedat. Hæc promissio vel est solius fidei, ut Vasallorum, subditorum: Vel rei alicuius præstandæ: Idque iure civili nihil novi addit promisso simplici, neque aliam obligationem, quam quæ a simplici promissione producit. Ideoque iure civili nec actio inde nascitur, nisi in casu speciali, cum libertus patrono munus, donum, operas se præbiturum iuraverit. Caius lib. 2. Inst. tit. de obl. Vide Pacium ad l. 8. de reb. cred. n. 4.* Decisivum. *Denique Juramentum decisivum super rebus controversis decidendis interponitur, vel indirectim, ut: Juramentum calumniæ, de quo inferius. Testium, de quo supra aphor. 19.* Hoc decisivum quod vel indirecte litem decidit. *Et Purgationis, per quod reus suspiciones elidendo conscientiam suam liberat. Hoc iure civili in causis civilibus locum non invenit, quo actore non probante, reus est absolvendus, l. 4. C. de eden. Jure vero Can. ad causas matrimoniales & civiles est extensum, si præsumtio sit contra reum debilior semiplena probatione. Alias suppletorium actori potius deferendum. Offert se ad hoc Bacchis Terentiana. Hecyr. 5. 1. 24. Et Pamphilus eadem fabula. 4. 4. 75. Apud Euripidem Hippolytus cum patri se iurei. purgasset, chorus idoneam innocentiæ fidem factam indicat.*

AD THES. XXVI.

HÆC PROMISSIO VEL EST] Non male Juramentum promissorium dividitur a *Schütz. h. t. p. 157.* in judiciale, quod præstant judex, Assessores, Secretarii, Scribæ, Advocati, Procuratores, Testes, Nuncii & similes, & extrajudiciale, quod respicit causas extrajudiciales, easque vel publicas, quale est juramentum Regis Romanorum, Electorum, Homagium, Vasallaticum, Familiaritatis seu domesticitatis & Assecurationis, Pacificationis & Confœderationis, Protectionis & clientelare; vel quasi publicas, quorsum spectat juramentum Tutorum & Curatorum, vel privatas, quod potissimum consideratur h. l. *Conf. Scholt. h. t. §. 11.*

JV-

Digitized by Google

JURE CIVILI] Jure canonico promissio jurata obligationem & actionem producit, si modo salva salute servari possit *c. 9. in fin. de arbitr.* Quod moribus nostris multo magis procedit, utpote secundum quos etiam promissum simplex, seu pactum nudum, actionem producit. Vide omnino *not. supra ad dissert. 12. th. 10. verba: neque Canonico quidem, item: neque hodie quicquam mutatum.*

JURAMENTUM CALUMNIÆ DE QUO INFERIUS] *Dissert. 26. th. 10. seq.* Huic adde juramentum in litem *Strub. ex. 17. th. 37.* cui analogum est Jure Saxonico juramentum minorationis, de quibus dicetur *ad dissert. 26. th. 13. seqq.*

ET PURGATIONIS] Hæc Auctor ex *Franzk. de jurej. n. 55.* At juramentum purgatorium non est species juramenti indirecte decisorii, sed directe, quia est species juramenti necessarii. Vide dicenda ad *th. 31. hic.*

HUC JURE CIVILI] Verior est sententia; Juramentum purgationis a jure civili originem trahere propter *l. 6. §. 4. vers. si quidem de his, qui ad Eccles. auth. novo jure C. de jure domin. impetr. l. ult. C. de fide instrum. Nov. 72. cap. 3.* a Jure Canon. vero extensum & varie auctum moribusque nostris non solum communiter in Imperio *Ord. Cam. P. II. tit. 10.* Sed & *Jure Sax. Part. I. const. 22.* receptum esse vid. *Franzk. h. t. n. 66. 67. 68. Berg. P. I. ob. 40. n. 2.*

ALIAS] i. e. si semiplena probatione intentionem suam auctor roboraverit.

OFFERT SE AD HOC] Non ad suppletorium, sed ad purgatorium, quod etiam in mente habuisse auctorem patet ex Hippolyti exemplo.

XXVII. *Juramentum directo decisorium ante litem contestatam præstandum dicitur* voluntarium, *quod pars parti extra judicium decidendi causa defert, l. 1. & l. 13. ff. de Jurej.* Quod, *uti ab initio liberum est, ut suscipi possit, aut recusari: ita* susceptum omnino præstari debet, *nec referri potest, l. 17. h. t.* Deferre possunt omnes, qui non prohibentur, *l. 35. §. 1. de Jurej. uti infans, pupillus, quia jusjur. hoc est ex conventione: convenire nequit pupillus, §. pupillus. Inst. de inutil. stip. l. 17. ff. h. t. Nisi fiat tutore autore. Abs quo juramentum tamen ipso jure* subsistit, ut exceptione demum elidatur, d. l. 17. § 1. Furiosus, nisi ipse curator deferat alteri. d. l. 17. §. 1. Prodigus, l. 35. §. 1. h. Minor curatorem habens, si absque curatoris consensu. Procurator universorum bon. l. 17. §. fin. ff. h. t. Secus est cum Procuratore in rem suam. d. l. 17. Tutor & Curator tum demum, cum alia probationes non suppetunt, l. 35. ff. h. t.* In quibusvis negotiis, quæ in judicio proponi possunt, *l. 3. §. 1. ff. h. t. Etiam matrimonialibus; si quidem deferatur adfirmanti matrimonium*

Vel directe. Et hoc iterum vel ante litem contestatam estque voluntarium.

con-

contractum esse, propter novum consensum conditionalem, Beust. de sponsal. c. 45. Dn. Carpz. Resp. 3. 6. 57. Etiam criminalibus in casibus, quibus transigere licet, l. 2. ff. h. t.

AD THES. XXVII.

ANTE LITEM CONTESTATAM PRÆSTANDUM DICITUR VOLUNTARIUM] Atqui nihil obstat, quo minus juramentum voluntarium post litem jam contestatam præstetur. Videtur autem auctor, dum hæc scriberet, præ oculis habuisse disputationem nimis paulo subtilem *Franzkii ad tit. de jurejur. n. 75. seqq.* Nos ea missa manemus in communi distinctione trium *in rubrica ff. de jurejurando* indicatarum specierum, quod scil. juramentum directo litis decisorium vel deferatur a partibus utrinque volentibus, & extra judicium, quod est juramentum VOLUNTARIUM, vel in judicio, & quidem tum vel a parte volente, parti etiam invitæ quod dicitur JUDICIALE, vel a judice ex officio, parti etiamsi invitæ, quod ideo etiam dicitur NECESSARIUM. Conf. *Schütz in Synopsi p. 141. seqq.*

OMNES QUI NON PROHIBENTUR] Deferre possunt omnes, qui de re controversa transigere possunt *arg. l. 16. §. f. h. t. Schütz d. p. 141. lit. L.*

INFANS] Nam hic utique transigere nequit. Eadem ratio est in reliquis hic recensitis.

QUIA JUSJUR. EST EX CONVENTIONE] Sed hæc ratio non stringit; Nam pupillus conventiones quasdam & in quibus conditio ejus redditur melior, omnino absque tutore celebrare potest *d. §. 9. Inst. de inut. stipul. pr. Inst. de auctor. tut.* Verior igitur ratio est, quod rerum administrandarum jus pupillo non competat *d. l. 17. §. 1. h. t.*

PROCURATOR UNIVERSORUM BONORUM] Imo procurator universorum bonorum deferre potest *d. l. 17. § fin. h. t.*

SECUS EST] Imo nihil secus est *d. l. 17. §. f.*

SI QUIDEM DEFERATUR AFFIRMANTI] Nam neganti juramentum deferri nequit. Vid. auctores citatos a *Schütz. ad h. t. p. 141. lit. L.*

ETIAM CRIMINALIBUS] Adde *Schütz ad Dissert. 25. th. 27. h. t. p. 142. seq. in O.*

Effectus juramenti decisivi voluntarii.

XXVIII. Effectus est, quoad reum, ut delato & præstito jurej. ab actione omnino veniat absolvendus. *Nam postquam juratum est, denegatur actori actio adversus jurantem. Quod si ambigatur, an juratum sit, datur quidem in reum actio, quæ tamen exceptione elidi potest, l. 7. l. 9. l. 37. h. t.* Quoad actorem, ut adquirat actionem, in qua hoc solum quæritur; an juratum sit, *non an debeatur. l. 9. §. 1. l. 5. §. 2. l. 25. l. 28. §. ult. ff. h. t.* * *Ita tamen, ut etiamnum pristina actio supersit. l. 13. §. 3. & 5.* Neque prætextu perjurii retractari queat, *novis instrumentis repertis, l. 1. C. h. t. Quia jurejurando transactum l. 2. ff. h. t. juncta l. sub prætextu. C. de*

Hoc jurejur. voluntarium prætextu perjurii retractari nequit & cur?

trans-

transact. l. quod si 21. π. de dolo. Et liti finis imponitur, l. 1. ff. h. t. Et hoc tantum quæritur an juratum sit, §. item si quis. 11. Instit. de act. * *Nisi expressum sit, ut retractari possit, l. 1. C. h. t.* * *In perjurum autem jure civili nulla pœna competit, Dn. Carpzov. Pract. crim. p. 1. q. 46. n. 4. & seq. Dissentit Pacius ad l. 2. C. de reb. cred.*

AD THES. XXVIII.

DENEGATVR ACTORI ACTIO]. Sed si denegatur plane actio, reus non demum a judice erit absolvendus, quod auctor lin. praeced. dixerat. Responsionem vid. supra *not. ad differt. 13. th. 14. verba: non solum si dubitetur, sed etsi &c.*

VT ETIAMNVM PRISTINA] Vid. sup. *differt. 11. th. ac ibique not at 4.*

IN PERJVRVM AVTEM JVRE CIVILI] Quamvis Carpzovius auctori citatus pro hac opinione satis speciose disputet potissimum nixus *l. 2. C. de rebus credit. & jurej.* (vide etiam *Strub. ex. 17. th. 54.*) tamen sententia dissentientium verior videtur per *l. 21. ff. de dol. mal. junct. l. 41. C. de transact. l. pen. C. de dignit. l. 1. § 1. ad L. Corn. de fals. l. ult. de stellionat. l. 2. C. de crim. stellion. Vid. Anton. Matth. de crim. lib. 47. ff. tit. ult. cap. 1. Hahn. ad VVesenb. de jurej. n. 12.* Et pro hac opinione facile responderi potest ad textum Carpzovii: Sensus quippe *d. l. 2.* perspicuus plane est, ut non opus sit aliorum explicationes a *Carpzov. d. l.* refutatas attendere, *Jurisjurandi contemta religio satis Deum ultorem habet. Periculum autem corporis vel majestatis crimen secundum constituta Divorum Parentum meorum, etsi per Principis venerationem quodam calore fuerit pejeratum inferri non placet.* Falsum quippe est, quod Carpzovius subjungit: *His verbis manifeste perjuros ab omni pœna temporali liberari* cum solum manifeste liberentur a pœna corporali & criminis læsæ majestatis. Illud quidem non negandum pœnam perjurii certam & generaliter determinatam Jure civili non fuisse, sed tamen idem dicendum est etiam de moribus nostris per latius tradita a *Carpzovio & Hahnio dd. ll.*

XXIX. Litis decisorium, quod a partibus in judicio decidendæ litis causa præstari solet, *arg. l. 1. π. de jurejur.* Vel est judiciale, quod pars parti in judicio autoritate judicis defert, *l. 12. § 1. C. de reb. cred. quod delatum omnino suscipiendum est, vel deferenti referendum, l. 34. § 6. ff. h. t. Idque sive probavit actor aliquid, sive minus, l. 35. π. h. t. l. 12. C. eod. Nam quamvis alias actore non probante, reus absolvitur, l. 4. C. de eden. Tamen id non procedit, ubi juramentum delatum est, quia recusans jurare, aut referre jusjur. fateri videtur, se malam fovere causam, arg. l. 38. l. 12. C. h. t. Sed & si intentionem probare conatus, non impleverit, nihilominus* Vel in judicio ipso. Et hoc est iterum vel judiciale. Juramentum hoc delatum aut suscipiendum, aut defe-

renti referendum ... Nisi justa recusandi causa subsit. Quænam justæ causæ, quamobrem juramentum delatum recusari possit.

juramentum deferri potest, d. l.38. l.12. C. h. t. Nisi justa recusandi causa, quo minus delatum suscipiatur, subsit. Justa causa a parte deferentis, si is super calumnia nolit iurare, l.34. §. 4. h. t. Si iuramentum semel delatum revocaverit, l. 11. C. d. t. si deferens sit persona turpis, uan item, Don. 13. 19. A parte adversarii, si intentionem suam vel iam plane probavit, vel porro probare paratus est. Ubi quæritur; si delato iuramento reus conscientiam probationibus defendere velit an admittenda interrogatoria Actoris? JCti Academici Lipsiæ affirmant. Sed negant JCti Scabini, apud Carpz. lib. 3. Resp. 50. Quorum sententia placuit Elect. Sax. decis. 19. Item dissensus est circa hanc quæstionem, an iussus iurato indicare res hereditarias, probationibus defungi queat? Curia enim superior Lipsensis negat. Sed Senatus appellationum Dresdensis contra servat. Vide eundem Carpz. 3. Resp. 55. Jusso autem iurare, se instrumenta non habere, regressus ad probationes non admittitur, ut & si documentum iurato diffitendum erat, Dn. Carpz. d. loc. Denique si iusso iurare certus terminus, intra quem se offerat, sitstatutus, ut iure Saxonico Electorali obtiduum, an hoc termino elapso iuramentum pro deferto habendum? Negant Dn. Antecessores Lips. quibus adstipulatur Berlichius p. 1. concl. 30. n. 39. A quibus dissentiunt Dn. Assessores Scabinatus ibid. consentiente Senatu Appellationum. Vide Dn. Carpz. Resp. lib. 3. res. 46. Hanc sententiam auctoritate Juris donavit potentissimus Elector. Sax. decis. 18.

AD THES. XXIX.

VEL EST JUDICIALE] De hoc vide *Ord. Proc. Sax. tit. 18. Magnif. Dn. Ordin. d. diss. th. 57.* Adde *Schüz. in comp. p. 142 143.*

VEL DEFERENTI REFERENDUM] Vel tertio justis ex causis recusandum, vel quarto per probationem contrariam evitandum. Vide hic Autorem in sequentibus.

SED ETSI INTENTIONEM PROBARE CONATUS] Scilicet actor ratione actionis & reus ratione exceptionis, quod quidem ita procedit *Jure Civili.* At *jure Saxonico* aliud, cum secundum hoc actor tantum ante præstitam guarandam & potam litis contestationem, reo juramentum deferre possit *Ord. Proc. tit. 18. in princ. Magnif. Dn. Ordin. d. th. 57. lit. D.* Similiter si reus actori super exceptionibus juramentum deferre velit terminus certus ipsi præfinitus est *d. tit. 18. §. 7.* Quod si autem Partes juramentum delatum per probationem contrariam evitare voluerint, neque tamen aliquid probare potuerint (modo probationem non deseruerint) datur regressus ad juramentum, ita tamen, ut hoc casu illud præcise

cisse jurare teneantur, neque referre valeant *Ord. Proc. tit. 19. §.* wenn nun einer sich.

SI DEFERENS SIT PERSONA TVRPIS] Quæritur an persona turpis seu infamis possit deferre juramentum in judicio? Affirmat Auctor ex *Franzkio h. t. n. 118.* consentit *B. Brunnem. de proc. cap. 15. n. 4. Schütz. in comp. h. t. p. 142. lit. R. Martini ad ord. proc. Sax. tit. 18. §. 1. n. 16. & seqq. p. m. 567.* Dissentit *Carpzov. proc. tit. 11. art. 1. n. 81. & P. I. const. 14. d. 6.* quem sequuntur *Magn. Dn. Ordin. d. diss. th. 57. lit. A. Struv. ex. 17. th. 35.* qui & Scotanum citat. Mihi videtur probabilior sententia Carpzovii, ideo quod infami juramentum deferri aut referri non possit ob metum perjurii. Et omnino regula illa: *Cui* OB VITIVM PERSONÆ *sua juramentum deferri aut referri nequit, ille nec potest deferre* rationi maxime conveniens est. Nam si non potest deferri, contrariorum eadem ratio esse debet, ergo nec deferre poterit. Si vero non potest referri, tunc si ejusmodi homo deferre posset, auferret reo electionem referendi ipsi expresse in *l. 34. §. 7 ff. h. t.* concessam, adeoque suam conditionem meliorem, rei vero deteriorem redderet, quod est absurdum. Dolus enim malus, aut quodcunque vitium meum nunquam debet mihi prodesse, aut alteri nocere. Dixi vero: OB VITIVM PERSONÆ, non simpliciter: *Cui juramentum referri nequit &c.* Adeoque non ferit instantia Schützii *ex l. 11. §. ult. ff. de act. rer. amotar.* desumta. *Si quis delatum,* inquit Ulpianus, *sibi jusjurandum referre velit, non videtur Prætor permisisse.* Nam hic relatio non potest fieri non ob vitium personæ deferentis, sed potius ob vitium personæ referentis, vel potius ob qualitatem negotii, & *quod iniquum sit de alieno facto alium jurare.* quam rationem satis aperte tradit ipse Ulpianus *d. l. 11. §. penult.*

VEL PORRO PROBARE PARATVS EST] Quod Germanice dicimus, das Gewissen mit Beweiß vertretten/ Licere vero tale quid de jure communi Dd. *per l. 34. pr. ff. de jurejur. l. 71. [illegible] R. V. l. 9. ff. de cond. inst. l. 21. vers. neque enim C. de fide instrum.* probant: an solide satis? ipsi viderint. Jure Saxon. Elect. textus disertus est *in Part. I. const. 12. & 14.* Ord. proc. Saxon. *tit. 19. Vide Magnif.* Dn. Ordin. *d. disput. priore th. 57. lit. H.*

CVRIA ENIM SVPERIOR LIPSIENSIS NEGAT] Sed ut bene monet Carpzov. *d. l.* absque omni fundamento, cum perspicua sint verba *Ord. proc. d. tit. 19. §.* wenn einer *rc.* ibi: welcher Regreß auch in juramentis legalibus, als wenn einem in Mangelung eines zu recht beständigen Inventarii, vermittelst Eydes res hæreditarias zu specificiren auferlegt wird

SE INSTRVMENTA NON HABERE] Quod iterum expresse definitum est in *Ord. proc. t. 26. in princ. & §.* es soll auch ferner *1. in f.*

VT ET SI DOCVMENTVM] Quæ sententia probatur per *tit. 25. Ord. proc. §.* weil es auch *2.* verbis: zu recognosciren / oder in der Person endlich zu diffitiren/item: Do sich der Principal der endlichen diffession verweigerte. Limita tamen, nisi documentum productum vitio visibili

 labo-

laboret, ubi reus a recognitione, aut diffessione videtur liberandus *d. t. d. tit. 25.* verbis: Ob er darwider sichtbarliche Argwöhnigkeit/ Mangel an Siegeln oder dergleichen hätte.

HANC SENTENTIAM AUCTORITATE JURIS] Nec immerito cum contraria opinio omni destituatur fundamento. Sereniss. *d. dec. 18.* verbis: Wann aber diese Meinung auf keinem Grund bestehet. Facit *tit. ... p. ... §.* wenn nun also einen &c.

Effectus hujus juramenti decisorii judicialis.

XXX. Effectus est, quod sit firmissima probatio, *quam index sequi & sententiam ferre tenetur, l. 34. §. ult. ff. h. t.* * *Non ergo actionem in factum & exceptionem parit. Sed utilem potius judicati actionem & exceptionem. Sententia autem hac statim etiam ante decendium judicati vim habet, ita ut appellari ab illa nequeat, l. 12. §. 3. C. de reb. cred. Aut ob instrumenta noviter reperta, l. 31. in fin. ff. h. t. Vel detectum periurium retractari possit, l. 1. C. eod.*

AD THES. XXX.

NON ERGO ACTIONEM IN FACTUM ET EXCEPTIONEM] Concedo facile, jurejurando judiciali præstito & sententia secuta, actionem ex facto aut exceptionem jurisjurandi non dari, cum hic actio & exceptio judicati non directa sed utilis (vide Struv. *ex. 17. th. 51.*) adsit. At, si v. g. fingamus partem utramque juramento judiciali præstito Sententiam judicis non urgere, atque adeo evenire, ut ante publicatam sententiam, vel reum, qui juraverat, ab actore nova conveniatur actione, vel etiam actor, qui juraverat reum convenire velit nova actione, tum convenientius est, ut dicamus illo casu reo competere exceptionem jurisjurandi, hoc vero actori actionem in factum utilem ex jurejurando, quam utilem rei judicatæ actionem aut exceptionem, cum sententia nulla adhuc dum adsit. Conf. auctorem supra *dissert. 23. th. 14. & dissert. ... th. 4.* ibique notata & Schütz. in comp. *p. 144. circa finem verbis: Post sententiam &c.* Adde omnino Struv. *d. ex. 17. th. 51.*

ITA UT APPELLARI] Adde Carpzov. *P. I. C. 15. d. 7.*

AUT OB INSTRUMENTA NOVITER] Adde Schütz *d. p. 144.* ubi exceptio.

Vel necessarium.

XXXI. Vel necessarium, quod judex *sive ordinarius, sive delegatus, sive etiam arbiter* in caussis dubiis, *l. 3. §. 1. ff. h. t. l. 3. C. eod. A quibus excipiuntur causæ criminales, arg. l. ult. C. de prob. criminaliter intentata, l. 3. §. 1. ibi: pœnales, ff. h. t. Itemque alia ardua, c. 1. §. illud. de restit. spol. in 6. Ut matrimoniales, nisi forte plus quam semiplene probatum sit.* Ob probationum inopiam. *Est autem inopia probationum, non cum nihil probatum, hoc enim casu reus absolvendus, l. 4. C. de eden. Sed quando non plene, seu quando*

Digitized by Google

do est præsumtio duntaxat contra reum. causa cognita, *l. 3. C. de reb. cred.* partibus, *sive actor sit, sive reus, l. 3. C. h. t. l. 31. plerumque tamen reo, c. ult. x. de Jureiur. Nisi ab utraque parte vel æquales sint probationes ut nulla ratio sit, cur iudex in alterutram partem magis inclinet, vel si nulla probatio allata est, ubi reus absolvendus. Quod si causa ita dubia sit, ut præsumtio quoque pro reo, & multo magis tum pro eo iudicandum. sin præsumtio est pro actore propter imperfectam probationem ab eo factam, tunc actori iureiur. deferendum. Huc pertinet causa, in qua A. Gellius iudex datus erat, ut ipse, refert lib. 14. c. 2. Juravitque sibi non liquere, quo Jureiurando litem non diremit, sed ampliavit. Consilium autem Phavorini Philosophi nullo casu admitti potest. Vide Pacium ad l. 3. C. de reb. cred. absolvendus. Ante vel post causæ conclusionem deferatur, non interest: Modo post conclusionem causæ non a partibus petatur: sed a Judice imperetur. Fach. 1. cont. 17. * Sed & post elapsum terminum probatorium peti potest. Quia locum habet, ubi inopia probationum:* defert.

AD THES. XXXI.

NECESSARIVM] Juramentum, NECESSARIVM in genere est, quod a judice parti ex officio ob probationum inopiam defertur, & a parte necessario præstandum est nec recusari, aut referri potest. Haberque sub se duas species, PVRGATORIVM, quod defert judex, si nondum semiplene probatum sit ab actore, ex arbitrio & pro varietate circumstantiarum vel actori, vel reo, & SUPPLETORIUM, quod defert judex parti intentionem suam semiplene probanti. Vide Struv. *ex. 17. th. 14. seqq.* De Juramento suppletorio est Ord. proc. *tit. 30*, cui adde Magnif. Dn. Ord. *d. diss. th. 36. lit. G.* de purgatorio vide auctorem *th. 46. hic Ord. proc. tit. 31.* Magn. Dn. Ord. *d. l. lit. H.*

EXCIPIVNTVR CAVSÆ CRIMINALES] In his locum non habet juramentum suppletorium, quia scilicet probationes luce meridiana clariores in iis desiderantur, nisi agatur tantum ad pœnam pecuniariam Struv. *ex. 17. th. 43.* Schütz. in comp. *p. 145. in O.* Habet tamen & omnium maxime in criminalibus locum juramentum purgatorium. Magnif. Dn. Ord. *d. lit. H.* Schütz. *p. 140. in O.* Conf. Struv. *d. l. th. 15.*

VT MATRIMONIALES] In his iterum non admittitur suppletorium, bene tamen purgatorium. Struv. *d. l. th. 43.* & *45.* Schütz *d. p. 145. & 141.*

NON PLENE] Sed semiplene, & tunc juramentum suppletorium succurrit.

PRÆSVMTIO DVNTAXAT] Ubi purgatorium succedit, in criminalibus vero præsumtio talis debet esse, quæ non est ad torturam sufficiens.

FAR-

PARTIBUS] Sed an partes juramentum necessarium defensione conscientiæ evitare possunt? Distingue: Juramentum suppletorium nequeunt: defertur enim hoc illi, qui semiplene saltem probavit atque adeo ostendit, jam se plene probare non posse. Vid. Berlich. *p. 1. concl. 35 n. 8.* Carpzov. *P. I. const. 14. def. 11.* Brunnem. *ad l. 30 de jurej. n. 6.* Nicol. in *proc. c. 43. n. 6.* At in juramento purgatorio defensio conscientiæ locum habet *Ord. proc. tit. 19.* §. wenn nun einer sich 2. verbis: Also auch wenn einem das juramentum purgatorium Carpzov. *p. 1. const. 12. def. 16. & lib. 3. Resp. 55. n. 7.* Franzk. *de jurej. n. 71.*

SIVE ACTOR, SIVE REUS] Est in arbitrio Judicis, cui ex partibus juramentum suppletorium deferre velit, qui tamen accurate procedere & omnes circumstantias probe considerare debet, quam ob causam certas regulas format auctor h. l. cum quibus confer, quæ collegit Martini ad *Ord. proc. tit. 30. n. 42. usque ad n. 55. p. 975. seqq. &* Schütz *d. p. 143. in S.* Cui deferri debeat juramentum purgatorium, vide apud Schütz *p. 141. in P.*

ANTE VEL POST CAUSÆ] Adde Schütz. *p. 145. pr.*

SED ET POST ELAPSUM TERMINUM] Peti quidem potest juramentum necessarium post elapsum terminum probatorium, sed a judice impositum præstari debet juramentum tam purgatorium, quam suppletorium intra eundem terminum, qui in juramento de- aut relato observandus est *O. P. tit. 18.* §. Wenn nun also einem 10.

XXXII. Judex hoc juramentum sequi, & secundum illud sententiam ferre debet. *Ergo ex hoc iuramento non nascitur actio & exceptio iurisiur: sed rei iudicatæ, t. 1. de exc. rei iud. Sententia autem non statim in rem iudicatam transit: sed appellari ab ea intra tempus legitimum potest, l. 12. §. 1. in fin. C. h. t. Et ob instrumenta noviter reperta retractari potest, d. l. 31.*

AD THES. XXXII.

SENTENTIA AUTEM NON STATIM] Cur ita diversum a juramento judiciali? de quo *th. 30* in fin. Respondeo quia ibi a partibus volentibus juramentum judiciale defertur, hic vero judex ex officio partibus etiam invitis juramentum necessarium defert Struv. *ex. 17. th. 53. & 54.* Quapropter non immerito Dn. Schilter. *ex. 23. th. 45.* hanc de juramento necessario positionem limitat, ut non procedat, quoties adversarius in hanc ipsam impositionem consenserit. Quoniam enim tunc jusjurandum hoc naturam delati participare incipit & vim ita transigendi recipit, igitur retractationi (& ex rationis identitate appellationi) amplius locus non erit, quantumvis noviter reperta fuerint instrumenta, sed res pro transacta habebitur. Quare cautio hæc adversæ parti haud est negligenda, ut aut non consentiat in injunctum jusjurandum aut expresse sibi jus suum quodcunque testato reservet.

Digitized by Google

Præsumtio quid?
Ea non est probationis species.

XXXIII. *Hactenus de effectu argumentorum inartif.* Sequitur IV. *effectus artificialium quorundam,* præsumtio, *quam perperam faciunt speciem probationis, quatenus probatio significat id, quod argumentis comprobatur per l. 74. ff. de leg. 1. l. 16. C. de prob.* quæ est collectio, *seu illatio,* probabilis ex argumentis per rerum circumstantias frequenter evenientibus conjiciens. Et vel legis, vel hominis. Illa *comprehendit non solum legem civilem : sed omne ius. Sic ius naturæ præsumit omnes esse liberos, donec contrarium probetur, quia libertas est naturalis facultas, & ita deinceps,* est vel juris & de jure, quæ ex argumentis ac signis necessariis & certis oritur. *Dicitur autem esse de iure, quia super tali præsumtione lex inducit firmum ius, & eam pro veritate habet. V. g. Si quis per decennium absens reversus reperit anniculum in domo, ius præsumit hunc filium illius non esse, l. 6. ff. de his qui sunt sui &c. Si mulier post X. Mensem a morte mariti pariat, ius præsumit rem habitam cum alio post mortem mariti, l. 3. §. 11. ff. de suis & leg.* Vel juris, quæ ex signis verisimilibus & probabilibus oritur, *quæ propriè & simpliciter præsumtio dicitur; Ita ius quemlibet præsumit sanum, sanæ mentis, l. 5. C. de Cod.*

Præsumtio est alia legis, est hæc iterum vel juris & de jure.

Hæc cur ita dicitur?

Vel juris.

AD THES. XXXIII.

PERPERAM FACIUNT SPECIEM PROBATIONIS] Ut Struv. *ex. 28. th. 15.* Schütz. in comp. *de probat. p. 331.* in D. qui describunt quod sit probatio negotii dubii probabilibus argumentis.

QUATENUS PROBATIO SIGNIFICAT] Sed tantum & probatio significat actum probandi. Vide supra *th. 8.* Et hactenus bene se habet definitio ista.

QUÆ EST COLLECTIO] Similis est definitio VVesenbecii *h. t. n. 14.* quod sit probabilis conjectura ex certo signo h. e. argumento vel ratione proveniens, quæ alio non adducto pro veritate habetur.

ET VEL LEGIS]. Tres ergo in universum sunt species præsumtionum (1) hominis (2) juris (3) Juris & de jure, cum quibus comparat Dn. Struv. *ex. 28. th. 16.* distinctionem Aristotelis & aliorum Rhetorum argumentationes in εἰκότα, verisimilia, σημεῖα signa & τεκμήρια proprias rei notas discernentium.

JURIS ET DE JURE] Cum præsumtione juris & de jure similitudinem habet juris fictio, quam expositam vide apud Dn. Struv. *ex. 28. th. 20.* Eck. *de prob. et. & præsumt. §. 10.* Hahn ad VVesenb. *n. ult.*

V. G. SI QUIS] Sic si quis fidem dederit mulieri super matrimonio contrahendo & carnalis copula fuerit subsecuta, præsumitur firmum matrimonium *cap. 30. X. de sponsal.* Sic si mulier in instrumento publice confecto & a tribus testibus consignato confiteatur se aliquid intercessio-

nis gratia accepisse, præsumitur id revera factum esse *l. 13. pr. C. ad SCT. Vellej.* Sic si qui de adulterio accusati commemoratione necessitatis purgaverint, postmodum autem in nuptias convenerint, præsumitur adulterium ab iis fuisse commissum *l. 34. C. ad L. Jul. de adult.* Sic liberi etiam ab uxore adultera editi præsumuntur nati ex marito *arg. l. 11. §. 9. ff. ad L. Jul. de adult.* ibique Gottofr. *lit. f.* Sic crimine legitime probato per testes præsumitur crimen fuisse commissum *cap. 12. X. de prob.* Sic quando mulier post biennium suam intercessionem confirmaverit, præsumitur in causa propria intercessisse *l. 22. C. ad SCt. Vellej.* ibique *Gottofr. lit. a.* & Brunnem. Sic si tutor in inventario publice facto res pupillares & adulti inscripserit, præsumuntur eæ res adfuisse *l. fin. pr. C. arbitr. tutelæ.* Sic denique ea, quæ peperit, præsumitur esse vitiata &c.

ITA JUS QUEMLIBET] Sic si constet maritum aliquem diu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente, vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, præsumitur hic, qui domo etiam vicinis scientibus natus, filius non esse *l. 6. de his qui sui vel alien. jur. sunt.* Sic filius a muliere gravida repudiata editus, etsi mater irata eum spurium in actis professa sit, præsumitur legitimus *l. 29. §. 1. ff. de probat.* ibique *Gottofr. lit. m.* (quamvis Schütz. *in comp. p. 331.* ad præsumtionem juris & de jure hoc exemplum referat) Sic filiusfamilias miles præsumitur in nihil aliud pecuniam expendere, nisi in causas castrenses *l. fin. §. 1. ad SCtum Macedonianum* (quamvis hoc exemplum ab Eckolto *h. t. §. 8.* referatur etiam ad præsumtionem juris & de jure. Vide enim Brunnem. *ad d. l. ult.*) Sic si tutor majores pupilli facultates esse quam sunt ubicunque dixerit, aut scripserit, præsumuntur etiam tantæ esse *l. fin. pr. C. arbitr. tut.* Sic si in scriptura super stipulatione directa dictum fuerit partes præsentes fuisse, præsumitur præsentia partium *§. 12. Inst. de inut. stipul. &c.*

Alia est hominis & cur sic dicitur?

XXXIV. Præsumtio hominis est, qua *legibus non comprehensa* extra jus judex probabiliter conjicit. *Quæ levis & modica a Dd. vocatur. Ita si quis post peremtorias exceptiones opponit dilatorias, Judex præsumit partem litigantem calumniandi animo id facere, eo quod dilatoriæ exceptiones regulariter ante peremtorias opponi solent.*

AD THES. XXXIV.

JUDEX PROBABILITER] Aliqua ejusmodi argumenta probabilia recenset Schütz in *comp. h. t. p. 331.* Adde Struv. *ex. 29. th. 17, 18.* Alia præsumtionum exempla vide apud VVesenb. *h. t. n. ult.*

Præsumtio juris & de jure judici plenam fidem facit.

XXXV. Præsumtio juris & de jure allegenda in judicio non est: *Sed argumenta tantum, ex quibus elicitur, cum facti sint, ostendi debent.* Ut nec juris illa altera. Illa judici plenam fidem facit, *nec probationem in contrarium admittit, l. 13. C. ad SCt. Vell. l. ult.*

l. ult. C. arb. tut. l. 15. §. 3. ff. de R. J. Sed & hæc quidem: ut tamen admittat probationem in contrarium. *Respectu partium, qui præsumtionem pro se habet, onere probandi relevatur, quod in adversarium transfertur, l. 16. C. de prob. l. 12. ff. eod. Nec amittit iuramentum suppletorium.* Præsumtio hominis plenam quidem fidem non facit, proficit tamen ad hoc, ut Juramentum suppletorium, vel purgationis deferri possit.

Ea quæ est juris non item.

Præsumtio hominis proficit ad hoc ut juramentum suppletorium vel purgationis deferri possit.

AD THES. XXXV.

NEC ADMITTIT JURAMENTUM] Scil. respectu illius, qui contrarium probare vult (nam is qui præsumtionem pro se habet, nullius indiget probationis, ergo nec juramenti suppletorii) quia tamdiu statur præsumtioni, donec contrarium EVIDENTER fuerit probatum *l. fin. in princ. ff. de eo quod metus causa* VVesemb. *d. n. ult.*

DISSERTATIO XXVI.

De Sententia, Transactione, Jurejurando de Calumnia, & in Litem.

RESPONDENTE

GOTHOFREDO JEUTHEN, GRÜNBERG. SIL.

APHORISMUS I.

Conclusio causæ est Controversiæ ad decisionem submissio, *Hæc usu fori, quam jure civili recepta magis videtur. Neque enim cognitio novissima, de qua in l. ult. C. de præscr. 30. vel 40. ann. huc pertinere videtur, quidquid magno videatur Cujacio, 22. Obs. 33. Eaque vel tacita, vel expressa. Hæc vel pura, vel conditionalis. Conditionalis fit sub hac conditione, si pars adversa nihil novi ingesserit; vel alioqui nihil facti de novo emerserit. Tacita est, quando ex circumstantiis apparet, nihil restare, nisi sententiam judicis.* Postquam nulla amplius admittitur probatio, allegatio, exceptio, *c. cum dilectus. 9. X. de fid. instr. c. pastor. 5. X. de caus. poss. & prop. Nisi judex ex officio ad pleniorem informationem inquirat. Quoad hunc enim nunquam in causa concluditur. Vel causa sint magni præjudicii,*

Substantiale in judicio

III. Conclusio in causa.

Conclusio causæ quid?

dicti, in quibus quoad reum nunquam cum effectu censetur conclusum, l. 18. §. 9. ff. de quæst.

AD DISSERTATIONEM XXVI.

AD THES. I.

CONCLUSIO CAUSÆ] Adde Magnif. Dn. Ord. *d. diss. prior. th. 58.* Fit autem conclusio causæ toties quoties sententia, sive Interlocutoria, sive definitiva opus; unde conclusio dividitur in generalem, quæ totam causam concernit, & specialem, quæ ad particularem tantum actum incidentem dirigitur. Excell. Dn. Svendend. *ad Fibig. proc. p. m. 279.* Est autem conclusio in causa non de processus substantia (secus ac auctor marginalium hic opinatur) & hinc ea non facta sententia non vitiatur Dn. Svendend. *d. l. p. 280.* Causæ conclusionem sequitur actorum inrotulatio & ad Collegium sapientum transmissio. Magnif. Dn. Ordin. *d. l. th. 59.* Fibig. & ibi Excellent. Dn. Svend. *p. 278. 280.*

NULLA AMPLIUS ADMITTITUR PROBATIO] Scilicet in conclusione generali, & in conclusione speciali nihil amplius agere partes possunt, quod ad deductionem istius causæ incidentis faciat, sed debent sententiam expectare Magnif. Dn. Ord. *d. th. 58. lit. E.* Uterque tamen effectus limitatur a Dd. ut non procedat in causis criminalibus & matrimonialibus. Dn. Svendend. *d. p. 280.* quod & innuit Auctor hic verbis: *sei causa sint magni præjudicii,*

IV. Substantiale. Sententia.

II. Sententia est judicis, *jure quidem civili pedanei, Prætoris enim vel Principis judicatum appellatur decretum. Vide P. Fabr. ad l. in ambiguis. 85. §. ult. de R. I. Rivet. ad Herebn. lib. 2. Hodie cujuslibet competentis, sive unus sit, sive plures, t. t. C. si a non compet. Alias sententia est ipso jure nulla, Gail. 1. obs. 42. n. 8. Quod si plures, uno absente non valet reliquorum sententia, l. 39. ff. de Re jud.* pronunciatio, *l. 1. ff. de re jud.* causæ controversiæ decisionem continens, *arg. l. 13. §. 2. de rec. arb.* Eaque vel interlocutoria *quæ super emergentibus & incidentibus quæstionibus fertur, sed hanc vectius a genere sententiæ excludimus, secundum jus civile. Distinguitur enim a sententia h. t. C. de sentent. & interlocut. Nec tuem definit,* vel definitiva; *quæ ipsam principalem controversiam determinat. Fertur autem contra eum, qui in lite versatus est, sive sit principalis, sive etiam procurator, l. 1. C. de sent. & interl. Si modo Procurator solus liti præfuit, per tex. in l. 1. & ibi Dd: Nec excipiuntur causæ criminales, ea scil. in quibus Procurator intervenire potest. Si vero Dominus*

&

& Procurator præsentes fuere in utramque ferendam sententiam Dd. volunt. Sin post litem contest. procurator accesserit, vide Vasq. 5. illust. cont. 20. n. 2.

AD THES. II.

SENTENTIA] Add. Ord. proc. *tit. 34.*

QVOD SI PLVRES VNO ABSENTE] Si vero omnes præsentes sint, valet plurium sententia, neque unius præsentis & dissentientis votum attenditur *d. l. 39. de re judic.* Cur ita diversimode ? & cur absentis potior conditio, quam præsentis ? Respondeo : si tres judices sint & duo in absentia tertii sententiam dixerint, eadem ideo non valet, quia spes est & præsumtio, tertium forte si præsens fuisset voto suo ejusque rationibus reliquos duos in aliam sententiam ducere potuisse. Si vero præsens sit ejusque votum reliquos non commoveat, spei amplius & præsumtioni nulli est locus. At quid si sententiæ pares sint ? *inter pares,* respondet Paulus, *l. 38. ff. de re jud. numero judices si dissonæ sententiæ proferantur, in liberalibus quidem causis (secundum quod a divo Pio constitutum est) pro libertate statutum obtinet : in aliis autem causis pro reo, quod & in judiciis publicis obtinere oportet. Si vero diversis summis condemnent judices, minimam spectandam esse Julianus scribit.* Adde quæ collegit Martini *ad Ord. Proc. tit. 34. n. 5. seqq. p. 1033. seqq.* Struv. *ex. 44. th. 8.* Spectat huc alius similis casus ab Ulpiano ex Juliano recensitus *l. 27. §. 3. de arbitris. Quæritur apud Julianum, si ex tribus arbitris unus quindecim, alius decem, tertius quinque condemnet, cui sententia stetur, & Julianus scribit quinque debere præstari,* QVIA IN HANC SENTENTIAM OMNES CONSENSERVNT. Ita quidem lex scripta est adeoque judicibus observanda, præprimis ex regula modo allata, qua in diversis summis, haud dubio in favorem Rei, semper minima est spectanda. At si ex ratione naturali (quod obiter noto) & præsumtio, in qua se JCtus fundat, Judicum consensu res decidenda foret, decem essent præstanda. Falsum enim est, quod Julianus dicit, in quinque omnes consensisse, cum magis præsumendum sit, quod duæ extremæ sententiæ (de quindecim & quinque) in mediam (de decem dandis) condescendere voluerint, quam ut is, qui quindecim dictat, ab uno extremo in alterum cadere & loco quindecim quinque voluerit eligere.

NEC LITEM DEFINIT] Non definit equidem principalem, definit tamen litem, quæ erat de puncto incidente. Quicquid sit, stylo fori nostri sententia interlocutoria æque appellari solet sententia ein Urtheil/ ac sententia definitiva, nisi quod inter interlocutorias ea sit differentia, ut ex interlocutoriis eæ tantum nomine sententiæ eines Urtheils veniant, quæ ad consultationem collegii prudentium in judiciis inferioribus, vel in superioribus ab ipso Appellationum aut Curiæ Provincialis Judice ejusque Assessoribus, conficiuntur. Illa vero, quæ a Judicibus inferioribus sine prævia consultatione Collegii, aut in Judicio Curiæ provincialis a

deputatis zur Güthe publicantur, vocari consveverunt decreta (conf. auct. initio hujus thes. 1.) Germanice Abschiede oder Beschride.

SIVE ETIAM PROCURATOR] In Camera sententia non fertur in Procuratorem, ut ex Gailio & VVurmsero notat Struv. *ex. 44. th. 7.* adeoque tum non opus est, ut distinguatur inter Procuratorem litis contestatæ tempore & inter Procuratorem, qui post litis contestationem accessit, aut inter procuratorem, qui solus & cum, qui simul cum domino liti præfuit. Judiciorum autem nostrorum observantia, quantum quidem memini, sequitur mores Cameræ. Adde Brunnem. in *proc. cap. 27. n. 29.*

Quomodo sententia pronuncianda? Periculum h. C. quid?

III. Debet autem, *post litem contest.* (*ante enim ipso jure nulla est, l. 4. & ibi Bart. de sent. & interl.*) *& probationes receptas*, causa cognita, de scripto. *l. 2. & 3. C. de sent. ex brev. quod in jure periculum dicitur. tit. C. de sent. ex peric. recit. Heraldus, legit paricu-lum, valde repugnante Salmasio. Illi tamen, quam huic accedendum puto. Confer. Fabrot. ad parat. Cujac. C. de sent. ex peric.* ab ipso judice, *Nov. 71. c. 1. in loco consueto, l. 11. π. de J. & J. l. 6. C. de sent. & interl. Excepto Præfecto prætorio, Præfecto Urbi. l. 2. C. de sent. ex peric. recit. Episcopo, c. 7. de off. ord. in 6.* pro tribunali, *sedente judice, non stante, Nov. 82. c. 3.* partibus ad hoc citatis pronunciari, *Wesenb. π. de Re jud. n. 7. l. 7. C. quom. & quand. jud. 47. ff. de re jud.* continens *præter nomen judicis & partium*, condemnationem aut absolutionem, *l. 1. ff. de re jud. l. 3. C. eod. Aut etiam utrumque in diversis articulis*, puram, *non conditionalem; l. 1. §. 5. π. quan. app. Nisi petitionis duo sint capita, purum & conditionale arg. l. 14. §. 4. ff. quod met. caus. Vide Br. l. cum eorum. & l. judex. π. de re judic. Cacheran. decis. 145. Hodie conditionalis non infrequens in foro. Quid enim aliud tinniunt hæ formulæ usitatissimæ* würde Kläger/ Beklagter &c. Item: Es könte und möchte denn *Actor vel Reus* beweisen voll eydlich erhör. *C. id quod Interpretes dicunt, sententiam in rem judicatam transire. Quæ oratio non exstat in jure, ubi nec aliud est sententia, aliud res judicata Duaren. ad tit. π. de re judic. Joh. Robert. 1. recept. 24.*) certam, *etiam cum, cum de incerta quantitate actum est, §. 32. Instit. de act. Si incertum illud ante sententiam certificari possit. Alias secundum naturam obligationis & petitionis incerta sententia ferri debet. Vide Gyph. de O. I. p. 154. Q. An hæc sit certa: solve quod debes. Negat Duaren. ex l. 21. §. 3. π. de recept.* & juri conformem, *pr. Inst. de Off. jud. Alias erit ipso jure*

Conditionales sententiæ hodie frequentes.

Quod interpp. dicunt, sententiam in rem judicatam transire juri non congruit.

Quo sensu sententia actis conformis esse debet?

Digitized by Google

jure nulla, l. 1. §. 2. w. quæ sent. sine app. l. 32. ff. de Re jud. l. 2. C. quan. provoc. non est necess. Et libello, *adeo, ut sententia, etsi vires rei judicatæ acceperit, ex libello tamen petitio actoris sit declaranda: Dn. Carpz. Resp. lib. 3. tit. 10. resp. 97. sed hoc displicet Duaren. ad. l. 43. de re jud. & Ant. Geiberto l. 1. c. 9. & aliquam multis argumentis impugnat Gipban. de ord. judic. c. 21.* actisque, *l. 18. ff. com. div. l. ult. C. de fideic. lib. Primo quoad rem petitam, ne reus in alia re condemnetur. Sub re petita autem & accessiones comprehenduntur, ut petito fundo fructus, l. 2. ff. de usur. l. 3. §. 1. π. de V. S. quæ post Judicium captum abesse actori cœperunt, l. 40. pr. π. de pet. her. l. 20. de R. V. Excipe si dolo aut culpa victi res deperdita vel deteriorata sit, ubi in æstimationem condemnatio fit, l. 18. §. 1. ff. de dol. mal. l. 9. pr. ff. de cond. furt. Item, si victus non fecit, quod facere debuit, ad id, quod interest, condemnandus est, l. 68. π. de R. V. l. 13. ff. de re jud. Secundo quoad causam petendi, ut si actor petat. 100. ex causa depositi, judex non condemnat reum in causa mutui.*

AD THES. III.

POST LITEM CONTESTATAM] Et illud ratione temporis observandum, quod sententia debeat interdiu publicari, & die non feriato. Vide Eckolt. *h. t. §. 12.*

ANTE ENIM IPSO JURE NULLA EST] Scil. sententia definitiva, quam potissimum vi theseos præcedentis hic considerat auctor. Limita tamen, nisi pars adversa contumax sit, ubi etsi revera lis non fuerit contestata, tamen in poenam contumaciæ pro affirmative contestata haberi, & ita reus condemnari solet, aut si actor, vel reus in termino plane non compareant. Vid. Ord. proc. *tit. 10. Conf.* supra Auct. *Dissert. 14. th. 7.*

DE SCRIPTO AB IPSO JUDICE PRO TRIBUNALI] Moribus judiciorum nostrorum hæc requisita non amplius observantur. Et in judiciis quidem superioribus publicatur sententia de scripto judice pro tribunali cum assessoribus sedente, verum non ab ipso judice, sed ab actuario, aut protonotario. In inferioribus vero judiciis solent partes in termino publicationis nomina sua profiteri coram actuario judicii, & se declarare, quod sententiam pro publicata habere velint (quamvis & hæc declaratio rarissime fieri soleat) quo facto & expensis judicialibus a partibus solutis, actuarius ipsis copiam sententiæ exhibet. Conf. Brunnem. *proc. c. 27. n. 46. seqq. p. 255. seqq.*

CONTINENS PRÆTER NOMEN JUDICIS] Formulæ sententionandi pro diversitate judiciorum variant. Eas, quæ in supremo Appellationum judicio Saxon. & Curia suprema provinciali Lipsiensi usurpantur, accurate delineavit Carpzovius, quam delineationem subjunctam deprehendes ejus processui juris.

NON

NON CONDITIONALEM] Distinguunt tamen Dd. communiter inter conditionem extrinsecam & intrinsecam, ita ut conditio intrinseca sententiæ nihil noceat, quod declarat Ummius *diss. 19. ad proc. th. 10. n. 14.* Adde Carpzov. *P. I. C. 26. d. p.* & omnino Brunnem. *proc. cap. 27. n. 33. seqq. p. 352.* ubi distinctiones alias accuratiores affert. Unde etiam alii sententiam distinguunt in puram & conditionalem vid. Excell. Dn. Svendend. *ad Fibig. proc. p. 198.*

Würde Kläger Beklagten] Non tamen quenquam voces debent decipere. Quandoque enim sub hujusmodi formula latet sententia pura duos diversos actus, sed successivos præcipiens, præprimis si illa verba addantur inmassen ihm zuförderst zu thun oblieget. Sic v. g. si pronuncietur: Würde Kläger die Gewehr der Klage würcklich angeloben und den Vorstand der Wider-Klage und Unkosten halber gebührend bestellen / inmassen ihm für allen Dingen zu thun oblieget / so wäre Beklagter auf die erhobene Klage sich einzulassen / zu antworten und den Krieg Rechtens zu befestigen schuldig / hæc formula eandem habet efficaciam ac si pronunciatum fuerit; Daß Kläger zuförderst die Gewehr &c. anzugeloben und den Vorstand &c. zu bestellen / auch so dann Beklagter auf die Klage sich einzulassen &c. schuldig.

ID QVOD INTERPRETES.] Hæc verba parentheſi incluſa hic nullum intellectum habent & videntur potius referenda esse ad *seq. th. 4.* post illa verba: *rescindi non potest.* Ita enim lego in editione priori initio *th. 4. Lata ita sententia post decendium transit in rem judicatam, ut nec ob instrumenta &c.* quæ verba per hanc parenthesin in editionibus posterioribus auctor corrigere voluit.

CERTAM] Adde Huberum *ad Inst. de Act. th. 23. p. 357.* Brunnem. *proc. c. 27. n. 30. p. 351.*

SOLVE QVOD DEBES]. Nam τὸ quod debes, est in quæstione cum actor reum sibi aliquid debere affirmet, reus vero neget. Et patet hæc pronunciandi ineptitudo maxime ex formula Germanica: Daß Beklagter Klägern / das was er ihme zu bezahlen schuldig / zu bezahlen schuldig sey.

IPSO JURE NULLA] Sic memini ejusmodi sententiam latam fuisse, daß Klägern aus der streitigen Verlassenschafft der vierdte Theil loco legitimæ billig ausgeantwortet werde.

LIBELLO] Non quod semper Judex debeat judicare secundum petitionem actoris, & adeo reum condemnare, sed quod judex extra libelli metas h. e. extra rem in libello petitam ejusque causam ac accessoria judicare ac vagari non debet. Facit Ord. proc. tit. 34. verb. daß dieselbe dem libello oder dem negotio, so in judicium deduciret / gemäß sey. Limitationes hujus regulæ collegit Martini *ad proc. d. 1. n. 36. seqq. p. 1077.*

EX LIBELLO TAMEN PETITIO ACTORIS]. Vide Carpzov. *d. l.* ubi varias Doctorum sententias circa hanc quæstionem recenset. Quas inter ejus opinio per rationes ibi dictas est optima, quamvis velim ut casus, super quibus fuit disceptatum, distinctius proposuisset. Nam ita generaliter ad hanc quæstionem responderi commode nequit, sed potius singula verba obscura probe consideranda erunt.

SED

SED HOC DISPLICET] Scilicet his auctoribus displicet in genere assertio, quod sententia conformis debeat esse libello. Et Giphanius potissimum urget, quod nullo textu juris eadem nitatur. Verum quemadmodum modo attulimus juris Saxonici textum, ita & ex Jure civili huc maxime facit *arg. l. 18. ff. comm. divid.* vide ibi Brunnem. Reliqua Giphanii argumenta, non ut objectiones, sed ut limitationes sententiæ nostræ & declarationes considerari debent, adeoque facilis est ad eadem responsio.

ACTISQUE] Non conscientiæ privatæ, vid supra *dissert. 21. th. 7.* Sed vide etiam quæ ibi notavimus. Conf. Martini *ad ordin. processus tit. 34. n. 42. seqq. p. 1038.*

PRIMO QUOAD REM PETITAM] Spectat hæc explicatio etiam potissimum ad assertionem priorem, quod sententia libello conformis esse debeat.

IV. Lata ita sententia, post decendium, *rescindi non potest, ut nec ob instrumenta noviter reperta, l. 1. C. de re jud. Nec quia injusta, ab ea recedatur Nov. 23. c. 1. Nov. 119. c. 5. Nisi in obligatione facti, ubi reus, etsi ad factum tertii condemnatus, ultra interesse tamen non tenetur, Dn. Carpzov. Resp. lib. 3. tit. 10. resp. 99.* Et jus facit inter litigantes, *l. 3. pr. ff. de agn. & al. lib. 25. ff. de stat. hom. l. pen. pr. ss. de re jud. Non alios, nisi actio vel exceptio primo & principaliter huic competat, ab illo vero proponatur; quo casu sciens & patiens præjudicium sustinet, ad l. pen.* Actionem *actori, ad persequendum id, in quod reus condemnatus, l. 4. §. 3. ss. de re jud. l. 8. C. de reb. cred. Ut in judicio quidem reali, judex statim sententiam exsequatur, §. 1. Inst. de off. jud. In personali post quatuor menses, a tempore latæ sententiæ, l. fin. C. de usur. res jud.* & exceptionem *reo absoluto, si a priori actori de eadem re, ex eadem causa conveniatur, §. 5. Instit. de exc.* rei judicatæ producit. *Et hoc dicebatur, actum agere. Donat. Adel. 2, 2, 24. ibi: Actum agam scil. Proverbium; id est, nihil agam. Quod enim in jure semel judicatum fuerit, rescindi & iterum agi non potest. Vid. Dn. Bucleri Chrestom. Terent. voce Actum agere.* Sententia lata elapso decendio rescind. nequit.

AD THES. IV.

NEC QUIA INJUSTA] Non obstat, quod th. præced. dictum fuerit, sententiam juri conformem esse debere. Nam respondeo distinguendo inter jus commune & jus partis, seu inter jus consideratum in thesi & in hypothesi *Vide l. 11. ff. de J. & J.*

ETSI AD FACTUM TERTII] Loquitur equidem Carpzovius *d. l.* de reo condemnato ut factum tertii i. e. consensum proximorum Agnatorum feudalium impetraret. At cum eadem sit ratio in casu si reus ad factum

proprium præstandum condemnatus fuerit, scilicet quod in obligationibus faciendi regulariter debitor præstando inter esse liberetur, ideo hæc verba auctoris non restrictive erunt intelligenda.

NISI ACTIO VEL EXCEPTIO) v. g. si maritus uxorem sciens rem dotalem vindicare patiatur. Alia exempla vide *d. l. pen.*

ET IN JUDICIO QUIDEM REALI) Quid jure Saxon. constitutum sit vide *Ord. Proc. tit. 39. §.* Nemlich wenn 2. & 4. Wenn aber das Urtheil 3.

Transactio.

V. Huc pertinet & transactio, *accipitur vel pro actu transigendi, seu conveniendi, & incidit in contractum innominatum: Vel pro istius actus termino, seu effectu, cujus gratia instituitur, & definitur* in re dubia, *quo differt a pacto remissorio, l. 1. h. t. Hinc de re judicata transigi nequit, quia pro veritate habetur, l. 11. h. t. l. 31. C. eod. Tam actu & in præsentia, si dubia sit, quam potentia & in futurum, l. 2. C h. t. l. 8. §. 10. h. t.* conventa, a lite, *aliquo dato, retento vel promisso, quomodo differt a pacto remissorio, l. 1. ff. h. t.* decessio, *non decisio. Neque enim definit litem, pronunciando secundum alterutrum, alterius, intentione reprobata, quod est decidere, definire, vel condemnando vel absolvendo: sed formaliter consistit transactio in abolitione litis, seu nuda, ut sic dicam, desistentia & abstinentia.* Estque vel simplex, *ratione modi transigendi.* Quæ* fit pacto nudo, *si quis pacificatur, ne litem coeptam persequatur alter, l. 2. h. t. l. 15. & 17. C. eod.* vel contractu innominato, *si aliquid detur, vel fiat, ut a lite discedatur, d. l. 38. C. h. t.* vel mixta, *quando insuper accedit stipulatio & modos simplices confirmat. Eaque stipulatio vel nuda, ut si quis antea pacto nudo prædium promisit, quo alter a lite discedat, nunc idem promittat stipulanti: vel Aquiliana, l. 15. C. h. t. quæ novat obligationem dubiam, ipsaque per acceptilationem tollitur, l. 4. & 5. h. t. §. 2. Inst. quib. mod. obl. solv. Vel pœnalis, ut, qui prior fidem transactionis rupit, in certam pœnam condemnetur, l. 37. C. h. t.*

Est simplex.
Et hæc fit vel nudo pacto, vel contractu innominato.
Vel mixta.

AD THES. V.

IN CONTRACTUM INNOMINATUM) Si scil. aliquid detur, vel retineatur, non si saltem aliquid promittatur. Hic etiam manetur in terminis nudi pacti. Vid. Auct. hic in verb. seqq.

QUAM POTENTIA) Ut si quis litem verisimiliter timeat, vel legatum aut fideicommissum sub conditione, aut alimenta futura testamento relicta sint. Vide Frank. ex quo hæc auctor *ad h. t. num. 6.*

CONVENTA A LITE) In editione priore ita lego: CONVENTA *ut differat a decisione judiciali l. 43. de V. O.* NON GRATUITA, *quod sit ali-*

aliquo dato retento, vel promisso, quomodo differt a pacto remissorio l. 1. ff. h. t. DECISIO. ESTQVE *&c.* quod forte melius, quam hæc nova mutatio.

ALIQVO DATO] In quo differt etiam a solutione.

DECESSIO NON DECISIO] Lis Grammatica saltem circa vocabula. Quidquid sit, tamen vox decisionis non est contra stylum juris Romani *Vid. l. 7. C. h. t.* Struv. *ex. 6. th. 53.*

QVANDO INSUPER ACCEDIT] Adde Franzk. *h. t. num. 12. seq.*

VI. Transigere possunt, qui consentire, *& liberam suæ rei administrationem habent: Non itaque pupillus; Licet transactio, quæ in se nulla, ipsius favore sustineatur. Quemadmodum & sententia valet pro pupillo, licet nullum sit judicium, l. 14. C. de procur. Minoris, curatorem habentis transactio sine curatore ipso jure nulla, cum bonis datus faciat personam minoris videri minus liberam. Quod si curatorem non habet transigere posse verius est. arg. l. 101. de V. O.* * *Sed actor Universitatis potest, quia ad hoc solummodo constitutus est: Et Syndicus, qui instar administratoris, l. 12. C. de transact. dum tamen jus liquidum non remittant. l. Præses. 12. C. h. t. l. 22. C. de pact. Et nisi fiat super re, cujus alienatio est prohibita. l. 1. C. de præd. minor. Vasallus super re feudali transigere potest 2. F. 26. §. Vasallus. modo adsit animus decidendi rem dubiam, non minuendi feudum. Quidquid enim involvit alienationem, quocunque modo fiat, id Vasallus non potest facere 2. F. 55. pr. De patre vide Wesenbec. super dote filiæ minime transigit, sine consensu ejus nisi furiosa fuerit, l. 2. §. 1. sol. mat. Filiusf. & servus transigere posse videntur super peculio, cujus habent administrationem liberam, l. 28. §. si filius. ff. de pact.* Etiam procuratores, *si mandatum habeant vel speciale, l. 60. de procur. vel generale etiam, l. 12. de pact. l. 17. §. 2. de Jurej. sed casu necessitatis omnibus aliis probationibus deficientibus, arg. l. 35. de Jurej.* Tutores & Curatores *in defectu probationum, & exitu litis plane dubio, Gail. 2. obs. 72. n. 9. l. 35. de Jurej. l. si pign. 54. §. ult. l. 56. §. 4. de furt. l. 46. §. ult. de adm. tut. sive res mobilis sit, sive immobilis; Et cum decreto, si rem illam in alium transfert: sin saltem remittat actionem, quam possidet adversarius, vel transigit de pecunia danda pro re quam possidet minor, decreto opus esse non videtur.*

Minor quali recte transigat?

Vasallus an super re feudali transigere possit.

Tutores & curatores an recte transigant.

AD THES. VI.

SED ACTOR ET SYNDICVS] Vide Struv. *ex. 6. th. 55. ibique in resolut.*

VASALLUS] Vide Struv. *Synt. Jur. Feud. cap. 12. aph. 8. num. 9. & 6.*

DE PATRE] Adde Eckolt. *h. l. §. 7.* *Struv. ex. 6. th. 55.*

ETIAM PROCURATORES TUTORES ET CURATORES] Eckolt. & Struv *dd. ll. adde tamen* Frantzk. *h. t. n. 21.*

De delictis transigi potest.

VII. Transigi potest non tantum de contractibus: Sed & delictis, *non futuris: sed* præteritis, civilibus indistincte, *l. 17. de pact. l. 56. 58. de furt. l. 13. C. eod. Ad hoc scilicet, ut reus actione liberetur: Non ut fama conservetur, l. 6. §. 3. de his qui not. infam. Crimen enim confiteri transigendo, (quod sine aliquo dato vel promisso non fit, d. l. 38. C. h. t.) intelligitur, l. 4. §. ult. l. 5. cum seqq. de his qui not. inf. l. 4. de J. Fisc.* In criminalibus capitalibus. *Excepto adulterio. l. 18. C. h. t. l. 10. C. ad L. Jul. de adult. Ratio legis Juliæ, quia ea lege adulterium nondum erat capitale. Quæ pœna licet postea facta capitalis, manet tamen prohibita transactio. Nam licet ratio prohibitionis cesset, non tamen cessat dispositio* hactenus, ut transigenti tantum ignoscatur, ne habeatur pro confesso, *§. ult. ff. h. t. l. 1. de bon. eor. Hæc postmodo ad accusatorem quoque extensa fuere quod & is transigere possit. l. 18. C. h. t. ibi. citra falsi accusationem. Ubi, τὸ citra, non significat exceptionem: sed quod in prædictis criminibus non liceat sine crimine falsi (id est, quin accusator ita transigens eo ipso incidat in accusationem falsi & pœnam SCti Turp.) ab accusatione desistere. In caussis matrimonialibus non transigitur c. 10. 21. & fin. X. de transact.*

De adulterio non transigitur, quomodo & quare?

Quid significat τὸ citra in l. 18. C. de transact.

AD THES. VII.

NON FUTURIS] *L. 27. §. 1. de pactis.*

QUOD SINE ALIQUO DATO] Ergo si quis gratis paciscatur, aut pretio quidem, sed Prætore auctore, non notatur *l. 6. §. 3. & 4. de his, qui not. infam.* Struv. *d. ex. 6. th. 60.*

EXCEPTO ADULTERIO] Lis maxime est circa *l. 18. C. ad L. Jul. de adult.* ubi dicitur, quod *pacisci de crimine capitali,* EXCEPTO ADULTERIO, *prohibitum non sit.* Et de eo quidem constat, tempore legis Juliæ crimen adulterii capitale non fuisse. Vid. WVesenb. *h. t. n. 6.* (non obst. *§. 4. Inst. de publ. judic.* vid. Huber. *ad Inst. d. t. th. 3. p. m. 404. b.*) An vero tempore Diocletiani, cujus est *d. l. 18. C. ad L. Jul. de adult.* capitale fuerit, dubitant Dd. Vinnius citatus Struvio *ex. 6. th. 61.* (quem & vide in *Solut. ibid.*) Hahnius ad WVesenb. *d. l.* id putant. Conf. Eckolt. *hic §. 9.* Zoes. *h. t. n. 31. seqq.* Ex ipsa *l. 18. C.* infirmum argumentum & id quod in principio est petens ducitur. Suspectæ jure sunt manus Triboniani, &, ni fallor, satis deductum fuit a WVissenbach. *ad Pand. tit. ad L. Jul. de adult.* Diocletiani tempore adulterium pœna capitali notatum

haud

haud fuisse, unde non immerito idem *in Emblemat. Tribon. p. m. 403. in d. l. 18.* Triboniani Emblema agnoscit. Adducitur communiter pro ratione, cur adulterium inter crimina capitalia a transactione exceptum fuerit, quod de adulterio facta transactio, seu pactio speciem quandam lenocinii præ se ferat *l. 2. §. 2. l. 29. pr. ff. ad l. Jul. de adult. l. un. §. 2. f. C. de rapt. virg. l. 14. pr. ad l. Jul. de adult.* Verum si allegatos textus evolvamus, in *l.* quidem *un. §. 2. in f. C. de rapt. virg.* nihil deprehendimus, quod directo huc spectet. Et quamvis reliqui textus de lenocinii crimine agant, tamen nec ex illis ratio quædam prohibitionis universalis elici potest. Ita enim Ulpianus *d. l. 2. §. 2. & 3. Lenocinii quidem crimen lege Julia de adulteriis præscriptum est, cum sit in eum maritum pœna statuta, qui de adulterio uxoris suæ quid ceperit, item in eum, qui in adulterio deprehensam retinuerit §. 3. Cæterum qui patitur uxorem suam delinquere, matrimoniumque suum contemnit, quique contaminationi non indignatur, pœna adulterii non infligitur* (Haloandr. *Pœna adulterum non affligit.* Glossata mea plane in sensum oppositum: *Pœna adulterii in eum infligitur*) Idem Ulpianus *l. 29. pr. ff. eod. Mariti lenocinium lex coërcuit, qui deprehensam uxorem in adulterio retinuit, adulterumque dimisit. Debuit enim uxori quoque irasci, quæ matrimonium ejus violavit* (hanc rationem fateor me non intelligere, & quid istud QVOQVE sibi velit. Istud enim vocabulum præsupponit, quod maritus adultero iratus fuerit, cui tamen iterum repugnat, quod adulterum DIMISIT maritus. Suspicor ita legi debere ADVLTERVMQVE OCCIDIT, cui lectioni favere videtur locus Pauli mox afferendus. Non obstant verba *in pr.* hic mox sequentia. *Adulterum in domo deprehensum dimiserit.* Nam respondeo, si modo de priori lectione constet, de his verbis facile dici potest legi debere. *Adulteram in domo deprehensam &c.* Facillima enim est mutatio literæ *a* in *u* & contextui etiam magis favet hæc correctio, quam lectio communis) *Tunc enim puniendus est maritus, cum excusare ignorantiam suam non potest, vel adumbrare patientiam prætextu incredibilitatis. Idcirco enim lex ita locuta est: Adulterum* [illegible] *domo deprehensum dimiserit, quod voluerit in ipsa turpitudine deprehendentem maritum coercere.* Ibidem §. 2. 3. 4. *Plectitur & qui pretium pro comperto stupro acceperit. Nec interest, utrum maritus sit, qui acceperit, an alius quilibet. Quicunque enim ob conscientiam stupri accipit aliquid, pœna erit plectendus. Cæterum si gratis quis remisit, ad legem non pertinet* (§. 3.) *Qui quæstum ex adulterio uxoris suæ fecerit, plectitur, nec enim mediocriter delinquit, qui lenocinium in uxore exercuit* (§. 4.) *Quæstum autem ex adulterio uxoris facere videtur, qui quid accepit, ut adulteretur uxor. Sive enim sæpius, sive semel accepit, non est eximendus. Quæstum enim de adulterio uxoris facere proprie ille existimandus est, qui aliquid accepit, ut uxorem pateretur adulterari meretricio quodam genere. Quod si patiatur uxorem delinquere, non ob quæstum, sed negligentiam, vel culpam, vel quandam patientiam, vel nimiam credulitatem, extra legem positus videtur.* Sequitur sententia Scævolæ in *l. 14. pr. ff. eod.* relata, *Is cujus ope, consilio, dolo malo factum est, ut vir feminave*

in adulterio deprehensa pecunia aliave qua pactione se redimerent, eadem pœna damnatur, quæ constituta est in eos, qui lenocinii crimine damnantur. Ex sententiarum Pauli fragmentis *lib. 2. tit. 26.* de adult. §. *6. & 9.* pauca hæc noto: *Occiso adultero dimittere statim maritus debet uxorem, atque ita triduo proximo profiteri, cum quo adultero & in quo loco uxorem deprehenderit. Eum qui deprehensam in adulterio uxorem non statim dimisit reum lenocinii postulari placuit.* Ex his, quæ hactenus recensui, JCtorum locis, constat varia adhuc subesse dubia, in quo constiterit, præcise lenocinium mariti. Nam aliud genus lenocinii est, cujus fit mentio ab Ulpiano *l. 4. §. 2. de his, qui not. infam. l. 43. §. 6. seq. De ritu nuptiarum* & a Justiniano *Nov. 14.* Conf. Matthæi *de crimin. ad lib. 48. ff. tit. 3. cap. 2. n. 14. p. 371.* Quod vero lenocinium mariti concernit, illud ad duo summa genera referri potest (1.) si quis uxorem adulteram retinuerit (2.) si quis ob adulterium uxoris aliquid acceperit, Circa modum primum distinctius inquirendum foret, an hæc species spectaret ad uxorem omnem adulteram, an vero, quod probabilius, ad eam tantum, quæ in adulterio a marito deprehensa est, & porro, an ad omnem uxorem in adulterio deprehensam, sive occisus fuerit adulter, sive dimissus, an ad eam saltem, ubi adulterum maritus interfecerat? In specie altera illud maxime (præprimis quoad quæstionem nostram, quam jam tractamus) exponendum esset. An lenocinii reus sit ille tantum maritus, qui de adulterio futuro aliquid accipit, an vero & ille, qui de præterito? Prior opinio probatur Brunnemanno, quem vide ad *d. l. 2. & ad d. l. 29. ff. ad L. Jul. de adult.* Conf. *d. l. 29. §. 3. ad L. Jul. de adult.* Posterior vero maxime videtur convenire *d. l. 14. pr.* & *d. l. 29. §. 2. ff. eod.* Jam perspicue ostendi potest, illam sententiam, quæ vult adulterium ideo a transactione per Diocletianum esse exceptum, ne transigens de lenocinio suspectus sit, nihil firmi afferre. Sive enim assumas opinionem B. Brunnemanni, nulla est in ratione allata connexio. sive arripias sententiam contrariam, tunc ratio prohibitionis spectabit solum ad maritum, non ad tertium, qui non est maritus (non obstat *d. l. 29. §. 2. d. l. 14. ad L. Jul. de adult.* quippe quæ expresse loquuntur de deprehensa in adulterio) neque adulteram in crimine deprehendit, qui tamen etiam si cognatus sit ad accusationem de adulterio admittitur (*vid. not. infra ad diss. ult. th. 5.*) Neque quoad maritum ipsum videtur inferri posse: Maritus transigendo super crimine adulterii peccat, & ut leno puniri potest, ergo non valet transactio ipsa, præprimis respectu transigentis qui transigendo non peccat. Sequeretur enim illud absurdum, quod in delictis non capitalibus transactio non subsisteret, quia si in iis de delicto suspectus paciscatur, pro confesso habetur & infamia punitur atque ita transigendo æque peccat ac ex mente Doctorum maritus. Sed hæc omnia, tanquam ad antiquum jus spectantia mittamus; neque de Juris Canonici dispositione circa lenocinium mariti simus solliciti (conf. *caus. 32. qu. 1.*) sed saltem consideremus communem Juris civilis moderni dispositionem & observantiam, ubi apparebit non solum primam istam lenocinii speciem de adultera uxore in matrimonio

reten-

Digitized by Google

retenta non amplius in usu esse, sed & alteram de eo, qui ob adulterium uxoris suæ aliquid acceperit, ad casum adulterii futuri restringi, neque ad adulterium jam commissum esse extendendum vid. *Nov. 134. cap. 10. Auth. sed hodie C. ad L. Jul. de adult. Ord. crim. art. 122.* verbo: wissentlich Const. *Saxon. Part. 4. const. 19.* Carpzov. *P. IV. const. 19. def. 2.* & *prax. crim. qu. 71. n. 31. seqq.* Anton. Matthæi *de crim. d. l. p. 371.* Quod vero transactionem de adulterio concernit, nec ea hodie a regula communi amplius excepta est, sed impune super delicto adulterii hodie transigere licet, attestantibus Jul. Claro in *pract. §. ult. qu. 58. n. 11.* Petr. Heig. *Part. 2. qu. 19. n. 77.* Carpzov. *d. def. 2.* & *d. qu. 71. n. 32. seqq.* Struv. *ex. 6. th. 61.* Joh. Valer. *differ. utr. fori Voce transactio differ. 2. p. m. 996.* Huic tamen ultimo in eo consentire non possum, quod putat ex parte mariti nunquam licere in foro conscientiæ facere remissionem adultero propter præmium & pecuniam sibi datam seu promissam, quia saltem peccet venialiter ob pecuniam turpiter acceptam, non tamen mortaliter, neque ad restitutionem acceptæ pecuniæ obligari. Nam respondeo: falsum esse, quod maritus in transactione cum adultero (modo reliquæ circumstantiæ recte se habeant) pecuniam turpiter accipiat, cum nulla ratione fundetur hæc assertio, & quovis jure liceat ab eo, qui injuria me affecit pecuniam pro satisfactione super injuria allata, accipere. Illud vero omnino approbo, quod Valerius *d. l. cavere* jubet *maritum, ne ex ejus facili remissione ansam adulter accipiat iterum adulterium committendi, confisus ac securus, quod si iterum inveniatur ab eo, poterit similiter se redimere. Censeo enim,* ita pergit Valerius, *peccare mortaliter, si fuerit facilis in remittendo ob pecuniam, vel se ultro obtulerit remissioni petendo ab adultero præmium. Quare metum ei ingerat ex corde, & in veritate; minetur que si absque ulla remissione supplicium ab eo ac vindictam justitia mediante assumturum fore, si iterum idem crimen utcunque committere ausus fuerit.* Neque id dubium habet, quod etiam moribus nostris maritus omnino ut leno puniri debeat, si v. g. fingens se dormire permittat homines ad uxorem suam accedere & postea cum adulteris transigat, pecuniam aliudve lucrum ab iis accipiens Carpzov. *Pr. Crim. qu. 71. n. 14.* aut istud faciat ob speratum aliunde lucrum, & ne hospites relinquant hospitium. Brunnem. *ad l. 29 ff. ad L. Jul. de adult. n. 2.*

HACTENUS UT TRANSIGENTI] Adde Eck. *ad tit. de transact. §. 10.*

UBI τὸ CITRA] Hæc Auctor ex Franzkin *h. t. n. 10.* adde Wissenb. *in emblem. Triben. p. m. 404.* Struv. *ex. 6. th. 62. ibique in resolut.* ubi dissentientibus respondet.

IN CAUSIS MATRIMONIALIBUS] Distinctionibus hoc casu opus est, quas tradit Struv. *d. ex. 6. th. 29.* Adde Carpz. *Consist. l. 2. d. 235.* & *l. 3. def. 39. 40. 41.*

VIII. De Controversiis, quæ ex testamentis vel codicillis oriuntur; transigi non potest, nisi inspectis verbis testamenti, *propter solennitatem, l. 6. h. t. l. 1. §. 1. test. quem. ap. tum quod alias heredes testa-*

De controversiis, quæ ex testam. vel codicillis oriuntur.

Digitized by Google

non potest transigi.

testamenta occultarent, & minus relictum esse praetendentes, lucrum inde captarent; tum quod publice utile sit, ultimas voluntates exitum habere, quae alias per hujusmodi tractationes everterentur. Et praevia causae cognitione, *qua & requiritur in transactione de rebus minoris, quae servando servari non possunt.* De alimentis, quae divisis pensionibus fuere *testamento* relicta, ita non licet transigere, ut una summa repraesententur, *l. 8. pr. & seqq. h. t. Secus est in annuis alimentis per stipulationem quaesitis, & praeteritis. l. 8. C. h. t. Quia tum sunt simplex debitum.*

Adduntur hujus juris considerationes.

AD THES. VIII.

QVÆ EX TESTAMENTIS] ex Franzk. *n. 16, 17. 18.* Adde Struv. *ex. 6. th. 57.* Eck. *h. t. § 9.*

DE ALIMENTIS] Iterum ex Franzk. *n. 19. 20.* Struv. *th. 58.*

IX. Rescinditur transactio actione de dolo, *l. 19. C. de transact. si dolo sit expressa. Qui enim per dolum adversarii transigit, non tam paciscitur, quam decipitur; l. 9. § 2. h. t. Quod si ex falsis instrumentis facta,* non ipso jure nulla: sed* restitutione in integrum, *l. pen. C. h. t. Facit, quod sententia ex falsis testimoniis lata non ipso jure nulla, l. divus 33. de R. jud.* * *Non vero beneficio. l. 2. C. de resc. vend. Eadem restitutio locum quoque habet, si minor transactione laesus sit, l. 11. C. h. Item, actione, quod metus causa vel exceptione metus, l. 35. C. h.* Item ex mutuo transigentium dissensu, *restitutis omnibus in integrum, l. 14. l. 40. C. h. Eoque solo, vel ope replicationis, l. 19. l. 28. C. h. item accusatione falsi, l. 42. C. h.*

AD THES. IX.

RESCINDITVR ACTIO] Alios modos transactionem rescindendi vide apud Struv. *ex. 6. th. ult.* Schütz. *h. t. p. 44. in*)

NON VERO BENEFICIO] Quoad hanc quaestionem distingue Jus civile a Jure Electorali Saxon. de Jure Civili, an transactio rescindatur beneficio *l. 2. C. de rescind. vend.* maxime controvertunt Dd. Mihi placet opinio auctoris, quem sequuntur Eck. *h. t. § ult.* Schütz. *h. t. p. 44.*) & alii ab Eckolto & Schützio *dd. ll.* ut & a Dn. Struv. *ex. 6. th. ult.* citati. Corroboratur haec assertio per textum elegantem in *l. 78. § fin. ff. ad Sct. Trebell.* Dissentit equidem cum aliis Dn. Struv. *d. l.* & fusius in resolut. ibid. *p. 108. 109. 110.* ubi & ad *d. l. 78.* varias responsiones affert. Sed facile tamen, ni fallor, ejus textibus & rationibus responderi poterit, si modo distinguas laesionem ultra dimidium ex dolo malo adversae partis ortam (seu ex dolo ex proposito) ab ea, quae fit absque proposito malo partis adversae (ex dolo ex re ipsa vide Dn. Struv. *ex. 8. th. 25.*) De illa non debet esse quaestio, cum jam asseruerit auctor, dolum rescindere transactio-

actionem, sed de hac posteriore. Textus vero a Dn. Struv. allati omnes loquuntur de læsione per dolum malum facta. Jure autem Electorali Saxonico admittitur rescissio transactionis per dictum remedium sub certis tamen limitationibus, quas vide *P. 1. Const. 34.* ibique apud Carpzov. Adde Richterum *P. 1. decis. 99. n. 54. seqq.*

X. *Hactenus de Substantialibus.* Accidentalia judicii *præcipua* sunt juramentum calumniæ, & jusjurandum in litem. Illud * *a Jure civili inventum* est, quod præstatur a litigantibus, de causa bona fidé prosequenda. Estque vel generale, *quod in exordio litis de tota causa bona fide prosequenda præstatur. auth. hoc sacramentum. C. h. t. Novell. 49. c. 3.* Vel speciale, quod in singulis judicii partibus præstatur, *tam ante, quam post litem contestatam. L. si quis. 6. exigitur. ff. de eden. l. thesaurus. 15. ff. ad exhib. l. 44. §. qui familiæ. ff. fam. ercisc. l. 1. C. h. t. Novell. 49. c. 3.*

Accidentalia, quæ in ipso judicio occurrunt quænam?

Juramentum calumniæ quid? Est vel generale vel speciale.

AD THES. X.

JURAMENTUM CALUMNIÆ] Conf. Franzk. ad tit. de jurejurando *n. 56.* usque ad *n. 65.* Schütz in comp. *p. 146. 147.* Adde quoad Jus Saxonicum Ord. Proc. *tit. 18. §* nach dem denn auch *7.* ... es hat aber *8. & 9. fin. & tot. tit. 33.* Magnif. Dn. Ordin. *disp. poster. th. 6.*

ESTQUE VEL GENERALE VEL SPECIALE] Divisionem hanc juramenti calumniæ in generale & speciale ex confusione jurisprudentiæ veteris cum jurisprudentia Justinianea ortam esse non male deducit Franzk. *d. l. n. 56 seqq.* Sed quicquid tamen hujus sit, usus fori distinctionem illam admittit, nisi quod de Jure Saxonico juramentum calumniæ generale non amplius usurpetur, sed solum juramentum speciale, quod & malitiæ dicitur. *O. P. tit. 33.* ob evitationem nimirum perjuriorum Franzk. *d. l. n. 61, 63.* Struv. *ex. 15. th. 76.* Schütz. *p. 146. in C.* adde B. Brunnem. *Proc. c. 15. n. 6.*

XI. Præstatur hoc juramentum in omni causa, *l. 2. C. h. t. Nov. 49. c. ult.* *Nec expressa partium conventione remittitur, quia tale pactum turpitudinem in se continet, l. 2. §. 7. C. h. t.* * *Sed neque tacita, d. l. 2. §. 4.* sive sit primæ, sive secundæ instantiæ, *c. 2. in pr. de jur. cal. in 6.* *Etiamsi in principali juratum sit.* *In criminalibus actor omnino de calumnia jurare tenetur, tum propter generalitatem, l. 1. C. de jur. propter calumn. tum quod majus periculum hic vertatur. Reus non item, quia præberetur manifesta perjurio occasio, quum reus pejeraturus potius præsumatur, quam veritatem dicturus.* *Etiam in spiritualibus, c. ult. de jur. calumn. in 6.* Etiam summaria *vr. l. sæpe. de Verbor. signif.*

Juram. cal. in omni causa præstatur.

An actor in criminalibus juramentum hoc præstare debeat? Quod affirm.

AD THES. XI.

IN OMNI CAUSA] Jure Saxon. juramentum malitiæ si alicui imponatur, necesse non est, ut is intra octiduum ad id se offerat propter decisionem novissimam 71. ubi vide Philipp. *obs.* 1.

NEC EXPRESSA] Assertio ipsa satis probatur *l. 2. t. 4. C. h. t.* ubi etiam deprehendes rationem. Nam ratio quam ponit auctor noster, quod tale pactum in se turpitudinem contineat, nulla est, neque ex dicto textu probatur. Est enim juramentum calumniæ juris civilis inventum *Vid. th. 10.* Neque partes si sibi invicem juramentum calumniæ remittant, statim putandæ sunt de calumnia committenda pactæ fuisse. Nam v. g. ex jure feudali notum est, etiamsi vasallo juramentum fidelitatis remittatur, ipsam tamen fidelitatis præstationem nequaquam propterea remissam censeri.

SED NEQUE TACITA] Jure Canonico tamen tacite omitti potest *c. 1. §. 1. de juram. calum. in 6to.* Schütz. *d. p. 146.*

PRIMÆ SIVE SECUNDÆ] Adde Schütz. *p. 147. in O.*

IN CRIMINALIBUS] Schütz. *d. l.* quamvis quoad Jus vetus Dominus Struv. *d. ex. 17. th. 47.* putet in criminalibus ab actore juramentum calumniæ non fuisse præstandum *arg. l. ult. C. de accusat. l. 1. qui mort. sibi ante sentent.* Qua distinctione diversorum temporum adhibita conciliari cum auctore poterit dissentiens Zoesius ad Jus Can. *h. t. n. 5.*

ETIAM IN SPIRITUALIBUS] Non obstat. *cap. libertas 2. h. t.* Illud enim postea fuit abrogatum. Ungep. ad Decret. *h. t. n. 16. 17.* Brunnem. *Proc. c. 15. n. 14.* An & in caussis matrimonialibus? Affirmat Schütz ex Berlichio *in comp. p. 147. in O.* Negat Struv. *d. th. 47.* admittens tamen juramentum calumniæ.

ETIAM SUMMARIIS] Brunnem. *d. l. n. 14.*

Jure Civili ipsi litigantes juram. calumniæ præstare tenebantur?

XII. A litigantibus, *l. 2. pr. & §. sed quia. C. h. t.* sive suo, *quomodo heredes quoque, auth. principales. C. h. t. l. 2. §. 2. C. h. t.* sive alterius nomine litem suscipiant, *uti tutores, curatores l. 2. C. h. t.* * *Non vero procuratores. l. 2. §. 3. & 5. C. h. t. l. Marcellus. 11. §. jurare. ff. de act. rer. amot. Secus est Jure can. c. ult. de jur. cal. in 6. Quod Camera recepit, ut procuratores in animas dominorum & suas jurent. Ordinat. Cam. Imper. part. 1. tit. 65. Nomine Universitatis major ejus pars, vel magis idonea hoc juramentum præstat, d. l. 2. §. hoc etiam in fin. Forma ea, quæ versibus hisce comprehensa:*

Illud juretur, quod lis sibi justa videtur:
Et si quæretur, verum non inficietur.
Nil promittetur, nec falsa probatio detur:
Ut lis tardetur, dilatio nulla petetur.

Adeo,

Adeo, ut recusantes, actor instituta actione excidat, *l. 2. §. quod si actor, C. h.* *Quæ pœna non ipso jure committitur: sed opus est sententia declaratoria, Gail. 1. observat. 86. in verbo, cadat. §. quod si actor. d. l. nec ad heredes transit, contumaci ante sententiam decedente.* Reus pro confesso habeatur, *d. l. §. 7.* Exceptis Clericis, *l. cum clericis C. de Episc. & Cler.* * Parentibus, Patronis, *l. 8. §. 5. ff. Qui satisdar. cog. l. 13. §. 14. ff. de damn. inf. l. 17. §. 3. ff. de obs. par. Non obstante l. 34. §. 4. ff. de Jurej. & aliis.* * *Non vero liberis & libertis,* & aliis, *quos vide apud Hillig. Don. Enucl. c. 13. Umm. disput. 12. th. 8. n. 36.*

Si actor juramentum in litem recuset, actione excidit; si reus, pro confesso habetur.

AD THES. XII.

TUTORES, CURATORES] Adde Schütz. *p. 146. in S.* Brunnem. *d. l. n. 11.* A minoribus autem & pupillis ipsis doli capacibus, si personam standi in judicio pro natura causæ habeant, præstandum quoque erit calumniæ juramentum. Alias autem non pupillus, sed tutor præstare juramentum debet Carpz. *in Proc. tit. 12. art. 1. n. 38.*

NON VERO PROCURATORES] Adde Magnif. Dn. Ordin. *d. diss. pos. th. 6. lit. D. E.* qui nec admittuntur de Jure Saxon. Carptov. *in proc. tit. 12. art. 1. n. 34. & P. 1 const. 12. d. 39.* qui mos optandus esset, ut in universum introduceretur. Brunnem. *d. l. n. 7.* De juramento calumniæ ab advocatis præstando vide Schütz. *p. 146. in S.* & Brunnem. *d. l. n. 9.* Adde iterum Magnif. Dn. Ordin. *diss. th. 6. lit. C.*

NOMINE UNIVERSITATIS] Non ergo Syndicus præstabit. Brunnem. *d. l. n. 10.* quod & Jure Saxonico receptum vide *P. 1. const. 13.* ibique Carpzov. *& in Proc. d. art. 1. n. 35.* scilicet ut Syndicus, aliud si simul sit advocatus in casibus, ubi & his juramentum malitiæ solet deferri, de quibus vide *d. dec. novis. 76.*

FORMA EA] Spectat hæc forma ad juramentum calumniæ generale. Forma juramenti malitiæ specialis moribus nostris hæc est, ut dicat jurans, se hoc vel illud, ob quod suspicio calumniæ adversus eum est, animo calumniandi non fecisse v. g. in delatione juramenti, daß er Beklagtens Gewissen durch Zuschiebung des Eydes gefährlicher Weise nicht gerühret. Conf. Carpzov. *d. art. 1. n. 36.*

ADEO UT RECUSANTES] Jure Saxonico si juramentum judiciale deferens juramentum calumniæ jurare recuset, juramentum delatum pro præstito per sententiam haberi debet *Ord. Process. tit. 18. §.* Nach dem auch *7. in fine.* Quid in aliis casibus obtineat, vide ibidem *tit. 33. in fin.*

EXCEPTIS CLERICIS] Potius contrarium patet *ex cap. 5. X. h. t.* (neque enim textus auctoritatus aliquid probat) sub certis tamen limitationibus, quas tradit Zoes. in Decret. *ad h. t. n. 3.* Aliter paulo Ungep. ibid. *n. 9. seqq.* Adde Brunnem. *d. l. n. 12.* Schütz. *p. 146. in S.*

NON OBSTANTE L. 34. §. 4.] Ad quam respondet Struv. *ex. 17. th.*

Digitized by Google

73. & in resolut. ibid. *p. 150.* Non contemnenda distinctio inter jus vetus & Justinianeum. (Conf. quæ ex Bachovio paucis notat Schütz. *c. 147.*) & videtur omnino Tribonianus aliquid *d. l. 74.* ex jure novo inseruisse. Adde Struv. *in Synt. Jur. feud. c. 11. aph. 3. n. 5. p. m. 407.* ut adeo novum habeamus exemplum emblematum Triboniani a VVissenbachio non notatum.

ET ALIIS] Ut puta Dominis feudi. Magnif. Dn. Ordin. *d. disput. poster. th. 6. lit. B.* Struv. *in Syntagm. Feud. d. l.* vide tamen *in Syntagm. Jur. Civil. ex. 17. th. 73.*

Juramentum in litem quid? XIII. Juramentum in litem, *non in controversiam: sed rem controversam, id est, juramentum quanti lis sit, l. 1. 2. 3. h. t.* est assertio religiosa, qua, propter intervenientem dolum, *sub quo & lata culpa, l. 1. §. 2. ff. si quis intest. lib. l. 2. C. h. t. sive sit præsens, cum quis potest restituere, nec paret, qua proprie dicitur contumacia. l. 1. l. 2. §. 1. h. t. l. 18. de dolo, sive præteritus, cum ipse fecit, quo minus possideret, l. 68. de R. V. l. 16. §. 3. de pign. Modo alienatio post susceptam causam, ante tamen sententiam, vel post illam quidem, nondum tamen executioni demandatam, facta sit.* Vel culpam *levem, quæ in mora non restituendi consistit, postquam res vel periit, vel deteriorata est. l. 5. §. ult. h. t.* Rei, rem non restituentis, actori, domino permissum est rem suam æstimare, *ob contumaciam dolosam tantum non in infinitum, quia invitus rem suam quasi vendere cogitur actor, l. 8. §. fin. l. seq. ff. rer. amot. l. 8. h. t.* finiendæ litis causa.

AD THES. XIII.

JURAMENTUM IN LITEM] Cum juramento in litem affinitatem quandam habet juramentum quod a Jure Saxon. introductum est, & minorationis dicitur, de quo vide Ord. Proc. *tit. 31.* Magn. Dn. Ordin. *d. disput. prior. th. 36. lit. E.* Struv. *ex. 17. th. 70.*

NON IN CONTROVERSIAM] Adde Eckolt. *de in lit. jur. §. 1.*

SUB QUO ET LATA CULPA] Adde Hahn. ad VVesenb. *h. t. n. 4. fol. 404. b.* Schütz. *h. t. p. 149. lit. C.*

VEL LEVEM CULPAM] Dissentit VVissenb. *h. t. n. 4.* qui tamen cum auctore nostro optime conciliari potest, si distinguas inter juramentum in litem affectionis & veritatis. Illud saltem ob dolum & latam culpam admittitur, hoc etiam propter levem culpam. vid. Hahn. ad VVesenb. *d. l.* Schütz *in comp. hic p. 149. lit. C.* Auctorem hic *th. 14. & 15.*

TANTUM NON IN INFINITUM] Vide tamen limitationem in thes. seqq. nisi judex modum præfiniverit, intra quem juretur.

XIV.

XIV. Estque vel adfectionis, quod propter dolosam Rei contumaciam. *l. 8. h. t. l. 64. pr. de judic.* defertur. Hoc *istbac sibi habet propria.* *Quod* solum locum habet in judiciis bonæ fidei, *non stricti juris. In illis enim qui agit, dominus non est, vel jus in re non habet, unde deficit ratio, quod invitus rem suam vendere cogatur,* cum res a nobis profecta, *qua nostrâ mansit,* repetitur, *ut in commodato, d. l. 7. §. 2. commod. deposito. l. 1. §. 26. depos. Locato, l. 48. §. 1. Locat. &c. Ergo in actione ex empto, si procacia venditoris non tradentis interveniat, in litem non juratur.* Et arbitrariis indistincte, *quia illæ maxime sunt ad rei restitutionem, quales sunt in rem omnes, & quæ his similes, personales, ut quod metus causa, & de dolo, l. 18. de dol. Etsi enim hic res non nostra restitui petatur jure stricto: Prætoria tamen æquitate, alienatio dolosa vel metu facta pro nulla habetur.* Quando *non solum rei contumacia dolosa: sed & ex parte* actoris adfectio aliqua erga rem intercedit, *tunc enim maxime iniquum est, ut rem suam invitus vendere cogatur, d. l. 7. rer. amot. (Unde in rebus, in quas adfectio non cadit, nempe quod certam æstimationem habent, hoc juramentum locum non habet, l. 3. ff. h. t.) Et in infinitum jurare licet, d. l. 4. §. 3. h. t. Unde l. un. C. de sent. quæ pro eo quod inter. huc non pertinet, quia respicit verum interesse. Licet tamen judici statuere modum, inter quem juretur, l. 4. §. 2. l. 5. h. t. Quod si modus statutus non est, judex juramentum sequi debet, d. l. 4. §. 3. h. t. l. 68. de R. J.*

Juramentum in litem est vel affectionis.

AD THES. XIV.

ESTQUE VEL AFFECTIONIS] Est hæc distinctio analogi in sua analogata, quæ inter juramentum affectionis est species nobilissima, inde & sæpius voce juramenti in litem, absolute posita notatur vid. *l. 1. & l. 8. ff. h. t.* Distinctionem hanc juramenti in litem in juramentum affectionis & juramentum veritatis hodie in praxi exiguum habere usum notat Carpzov. *P. I. c. 27. d. 9.* ubi addit in praxi arbitrio judicis relinqui, quando juramentum hoc, sive affectionis, sive veritatis deferendum existimet. Ex quo fiat, ut hodie non solum in omnibus bonæ fidei actionibus, sive in rem, sive in personam, quibus res restituitur, sed etiam in strictis judiciis arbitrariis & non arbitrariis ex causa justa atque sufficiente in litem juretur, quin & in bonæ fidei judiciis contrariis, præsertim si non de damno pecuniario, sed de fide rupta agatur. De qua observatione judicium iis relinquo, qui judiciis nostris intersunt. Nec illud omittendum, a nonnullis tertiam speciem commemorari, quam singularis interesse vel affectionis extra rem vocant, sed eam recte rejici a Schilt. *in comp. h. t. p. 151.*

PROPTER DOLOSAM REI CONTUMACIAM] an etiam propter culpam latam? Vide distincte Struv. *ex. 17. th. 65.*
ISTHÆC SIBI HABET PROPRIA] Adde iterum Struv. *d. ex. 17. th. 63. 64.*
ERGO IN ACTIONE EX EMTO] Dissentit Schüz *in comp. hic p. 150. lit. O.* Martini ad O. P. *tit. 31. §. 1. n. 32. p. 993.* quibus satisfieri potest per ea, quæ tradunt Struv. *in resolut. ad ex. 17. th. 64.* & Eckolt. *h. t. §. 5.*
IN REBUS, IN QUAS AFFECTIO] v. g. in pecunia numerata *d. l. 3.* ubi tamen vide limitationem.
LICET TAMEN JUDICI] Adde Martini *ad ord. proc. Saxon. tit. 31. §. 1. n. 44. seq. p. 995.* ubi adducit dissentientem Camillum Borrellum.
JUDEX JURAMENTUM SEQUI] Adde tamen Struv. *d. l. th. 67.*

Vel veritatis.

XV. Juramentum veritatis est, quod ob culpam non restituentis defertur, *l. 5. §. ult. & seq. ff. h. t.* Huic locus est in strictis judiciis, tum, ubi res non amplius exstat, quo casu judex aliter, quam per jusjurandum, rem æstimare ipse non potest, *d. l. 5. §. ult. h. t. Non quidem per rerum naturam, ac si impossibilis sit æstimatio: sed per ius, & ex officio suo, sine iniuria vel actoris, vel Rei. Vide Dn. Franck. comm. ff. h. t. n. 19.*

AD THES. XV.

JURAMENTUM VERITATIS EST] Adde Schüz *p. 151.*

Quænam tam juramento in litem affectionis, quam veritatis sunt communia?

XVI. Communia utrique speciei sunt: I. Quod utrique, *iuramento quidem adfectionis, per l. 3. §. 2. Commod. l. 5. pr. h. t. Veritatis autem, quia cum in iudiciis stricti iuris locum habet, l. 5. §. ult. h. t. Multo magis in B. F. & arbitrariis, ubi & eadem æquitatis ratio, & plenior actionis natura subest,* locus sit in Judiciis arbitrariis. II. Quod duntaxat in directis judiciis locum habeant. *In contrariis enim, quia non de fide rupta, sed de indemnitate, saltem agitur; in litem non iuratur, l. 5. de pos.* III. Quod utrumque Judex deferre debeat, *l. 4. §. 1. h. t. Quod oppositive ad iuramenta voluntaria & extraiudicialia, quæ pars saltem parti defert, intelligendum est, non præcise. Nam iudex potest & non deferre, d. l. 4. §. 2. l. 5. §. 1. h. t.*

AD THES. XVI.

IN CONTRARIIS ENIM] Dissentire videtur Schüz *p. 150. lit. O.* Sed cum ipse ad *d. l. 5. depositi* provocat, videtur potius sphalma typographicum subesse & legi debere: *Non contrariam.*

DIS.

Digitized by Google

DISSERTATIO XXVII.

De Nullitate, Appellatione, Supplicatione, & Restitutione in integrum.

RESPONDENTE

GEORGIO MARQVART. SVSAT. Westph.

APHORISMUS I.

H*Actenus de his, quæ in Judicio. Post Judicium litigantes, aut adquiescunt in sententia aut oppugnant eam remedio nullitatis, appellationis, Supplicationis, & restitutionis in integrum:* Nullitas, *terminus apud JCtos recentes technologicus, quo veteres classici non usi,* Propriè est negatio actus alicujus *seu rei gestæ* ex legis transgressione orta. *Sed quatenus consideratur, prout ex illa alteri ius adquiritur, rectius dicitur* nullitatis remedium, *seu ius, dicendi nullum, quod quatenus fertur ad impugnandam sententiam,* est jus negandi sententiam, contra præscriptum juris *circa processus essentialia & solemnitates* latam. *Nam actus, qui contra legem fiunt, ipso iure nulli sunt, L. non dubium. 5. C. de LL.*

Quænam sunt ea, quæ judicium sequuntur? Nullitas quid? Nullitatis remedium quid? Actus, qui contra legem fiunt, ipso jure nulli sunt.

AD DISSERTATIONEM XXVII.

AD THES. I.

N*ULLITAS*] Junge *Ord. Proc. Saxon. tit. 38.*

JUS NEGANDI SENTENTIAM] Remedium nullitatis duplex est, unum contra sententiam in specie sic dictam, alterum contra decretum, vel alios actus judiciales. Excellent. Dn. Svendend. *ad Fibig. proc. p.m. 333.* Hujus loci potissimum est prior species, tanquam nobilissima.

II. Proponunt eam omnes litigantes, *sententia gravati, etiam tertius, pro eo quod sua interest, l. si suspecta. 29. de inoff. test. L. a sententia. 5. l. si perlusoriò. 14. ff. de app. Vant. de Null. rub. qui poss. dic. n. 4.* coram judice quovis, *tam ordinario, a quo lata sententia; quam immediate superiori, Vant. c. 3. n. 9. & 10.* Ob vitium vel circa personas *in iudicio versantes, v. g. si iudex incompetens Dn.*

Quinam nullitatem proponere possunt? Et ob quam causam?

Carpz.

Carpz. Resp. l. 3. t. 10. R. 98. n. 7. aut alias inhabilis sit: Si litigantes vel propter natura, vel legis prohibitionem non possint stare in iudicio; Si procurator falsus aut illegitimus fuerit, &c. Vel circa processum, *si sententia lata, non observata forma vel solennitatibus substantialibus processus Dn. Carpz. Resp. d. lo. n. 10. puta absque libello, citatione, litis contestatione.* Vel ipsam sententiam denique exsistens, *eius solennitate & forma non observata. Puta, si ad publicationem partes non citata, si sententia contra rem iudicatam lata, si libello non conformis, si contra ius scriptum lata. Videatur Dn. Carpz. Resp. lib. 6. t. 10. Resp. 117. lib. 1. t. 8. Resp. 72. Inprimis lib. 3. tit. Resp. 98.*

AD THES. II.

CORAM IUDICE QUOVIS] Excepto delegato, cujus officium sententiæ pronunciatione expiravit. Brunnem. *proc. c. 28. n. 112. p. m. 297.* Martini *ad ord. proc. tit. 38. n. 5. p. 1131.*

Agitur de nullitate intra 30. annos. III. De nullitate intra annos 30. *a die lata sententia* agitur, *Dn. Carpz. l. 2. Respons. 100. n. 2. quam sententiam retinet collegium nostrum, Constitutione electorali non recepta. Siquidem actio tot annis duret, secus si brevius aut longius, Dn. Berlich. 1. conclus. 61. n. 5. Vel statuto brevior fuerit præfixus terminus, Dn. Carpz. d. lo. n. 3. Berlich. d. l. n. 6.* Atque vel principaliter, si in petitione dicitur sententia vel processus nullus esse, *eiusque rescissio petatur absque ulla appellationis mentione. Quo casu, si evidens sit nullitas, etiam ante litis contestationem, & imo partibus non petentibus ex officio iudex processum & sententiam priorem nullam esse pronunciabit, Vult. Jurispr. 2. c. pen. p. m. 669.* Vel incidenter, cum appellationis remedio, *& tum uno eodemque processu cum appellatione expediri debet.* Hoc fine, ut sententiæ exsequutio differatur, & inhibitio a Superiore fieri possit, *non tantum si notoria est nullitas. * Sed & si altiorem indaginem requirat, l. si expressim, 19. ff. de App. c. 1. de Re iudic. Clem. Past. eod. l. 1. C. quando provoc. non est nec l. 1. C. si a non compet. Sed contrarium in foro obtinet Berlich. 1. concl. 61. n. 11.*

Et quidem vel principaliter.

Vel incidenter.

AD THES. III.

INTRA ANNOS TRIGINTA] *Per l. 3. C. de præscript. 30. ann.* Brunnem. *d. c. 28. n. 108. p. 294.*

CONSTITUTIONE ELECTORALI] Quæ extat in *Ord. Proc. d. tit. 38.* ubi tempus sex septimanarum & trium dierum præfinitum est. Adde Martini ibidem *n. 11. seqq. p. 1133. seqq.*

SE-

SECVS SI BREVI] Ut actio de dolo & ædilitiæ. Brunnem. d. l.

STATVTO BREVIOR] De statuto juris Saxonici Electoralis modo dictum. In Camera imperiali nullitas intra decem dies alleganda est; In summo tribunali Regio Vismariensi intra sex septimanas, in Primatu Magdeburgico intra sex menses. Martini *d. l. n. 9. 10. p. 1133.*

ATQVE VEL PRINCIPALITER] Principalem illum modum subdividit Brunnem. in Proc. *d. c. 28. n. 109. p. 295.* quod fiat vel principaliter, vel solitarie, vel principaliter & conjunctim cum appellatione, scilicet expressa nullitatis fiat mentio in appellatione, hisque opponit modum tertium, quando remedium nullitatis introducitur minus principaliter & implicite, quando nimirum in appellatione non expresse allegatur, sed implicite continetur. Hunc sequitur Martini *d. l. n. 16. 19.* Secundum auctorem vero nostrum, qui principalem modum proponendi remedium nullitatis absque appellationis mentione fieri asserit, ille modus alter principalis Brunnemanni ad modum incidenter eandem proponendi esset referendus, isque subdividendus, quod proponatur cum appellationis remedio vel expressa mentione nullitatis facta, vel tacita. Aliter hos terminos usurpat Vantius de Nullit. *in rubr. quot & quibus modis n. 19. & 20. p. m. 108. 109.* ubi principaliter proponi nullitatem statuit, si fiat seorsum & separatim per modum actionis, incidenter, si per modum exceptionis.

EX OFFICIO JUDEX] Adde, quos citat Martini *d. l. n. 17.*

VNO EODEMQVE PROCESSV] Formulam petendi vide apud Brunnem. *in proc. c. 28. n. 111. p. 296.* Quæritur: An appellatione deserta nullitas deserta censeatur? Affirmantes & negantes hanc quæstionem producit Mynsing. *cent. 2. obs. 75.* Ipse ad eam distinguendo respondet inter nullitatem incidenter propositam & nullitatem principaliter in judicium deductam, quam distinctionem ita applicat, ut si appellatio & nullitas simul proponantur, nullitas quoque intercidat velut accessoria & incidenter proposita, sed inde non inferendum esse, quod propterea in alio & novo judicio nullitas non possit principaliter deduci, quia talis nullitas, quæ principaliter proponitur, nullam habeat cohærentiam cum causa principali nec ad eam accessorie veniat. Quod si non liceret, nullitatem desertæ appellatione principaliter proponere, illud absurdum sequeretur, nullitatem semper deseri appellatione deserta, etiam in qua nullitatis mentio expressa facta non fuerit (cum nullitas in hac tacite includatur) quod tamen ex communi interpretum sententia falsum esse constet. Ex his Mynsingeri verbis & rationibus constat eum illius esse opinionis, quod nunquam (sive expresse junctum fuerit appellationi, sive tacite in ea contentum) appellatione deserta remedium nullitatis in tantum desertum esse censeatur, ut per modum principalis querelæ intra legitima tempora non possit proponi. Unde Mynsingerum non recte intellexerunt neque Brunnem. *in proc. c. 28. n. 109. p. 296.* ubi dictam Mynsingeri assertionem restringit, ut saltem si nullitas principaliter seu expresse cum appellatione introducatur, deserta appellatione remedium nullitatis principaliter iterum & separatim proponi possit, atque Martini *ad proc. d. p. 1135. n. 18.*

n. 18. & 20. contrarium asserens, quasi remedium nullitatis tum demum deserta appellatione pro extincto non habendum sit, si non expressa ejus mentio in appellatione facta fuerit, secus si expresse & principaliter nullitas simul in appellatione objecta fuerit. Quamvis igitur opiniones Brunnemanni & Martini aperte sint contradictoriæ, uterque tamen pro se Mynsingerum adducit, uterque distinctione a Mynsingero adducta deceptus, ejusque verba magis quam mentem & applicationem attendens. Accedit quod Mynsingerus nullitatem cum appellatione expresse conjunctam non videatur ad modum principalem referre cum Brunnemanno & Martini; sed ad incidentem cum auctore nostro, (vide quæ *nota præced.* modo diximus.)

UT SENTENTIÆ EXECUTIO] Finis iste quidem aliquando intenditur, si nimirum executio nondum facta fuerit. At quid si executio jam sit facta? tunc finis hujus remedii est, ut reus accipiat, quod per executionem ipsi fuit ablatum.

SED ET SI ALTIOREM INDAGINEM] At textibus ab auctore adductis ejus sententia non probatur: Quid quod iisdem contrarium, & tum demum nullitatem impedire executionem nondum cœptam, si in continenti probari possit, probat Struv. *ex. 50. th. 40.* vide maxime *l. 1. C. quando provoc. non est necesse.* Facit & pro hac contraria sententia *arg. Clement. 1. de sentent. & re jud. arg. l. cum quidam 30. in fin. l. cum falsum 96. l. Pannonius 86. §. ult. 1. ff. de acquir. hæred.* vid. Vant. *de Nullit. rubr. quot & quibus mod. n. 29. seqq. p. 108. seqq.* Brunnem. *in proc. c. 28. n. 110. p. 296.* Gail. *l. 1. obs. 119. n. 2. & obs. 127. in fin.* Martini *ad proc. tit. 38. n. 49. p. 1136. seqq.*

CONTRARIUM IN FORO] Facit huc *d. tit. 38. Ord. proc.* Verb. wenn auch gleich solche nullität innerhalb der nachgelassenen Frist eingewandt würde/ soll doch hierdurch die Hülffe auf das Urtheil/ so seine Krafft erreichet/ nicht suspendiret/ sondern nichts minders damit verfahren werden. Ob schon dem Urtheil die Clausul mit angehengt/ daß Beklagten actionem nullitatis anzustellen unbenommen. Es wäre denn einer der angegebenen nullität halber mit so ansehnlichen und glaubwürdigen Schein gefast/ daß er sie in continenti und innerhalb der Zeit/ welche zu der Hülffe ohne das gebühret/ ausführen und darthun könte.

Appellatio quid?

Est vel Judicialis vel extrajudicialis.

IV. Appellatio est jus impugnandi sententiam a judice inferiori latam, *l. 1. §. 3. h. t.* ob prætensam iniquitatem a judice superiori corrigendum: Eaque vel judicialis, vel extrajudicialis, illa a sententia *definitiva & interlocutionibus judicialibus l. 23. §. 1. h. l. 2. de app. vel. l. 27. 32. de re jud.* Hæc a decretis & actis extrajudicialibus interponitur, *c. concertationi. de App. in 6. c. cordi. eod. l. 3. C. de excus. tut.*

AD

AD THES. IV.

APPELLATIO] De Jure Saxonico vide *Ord. Appellat. Dresd. de Ann. 1605.* Adde *Ord. proc. tit. 31. & tit. 10. §.* So aber in *appellation*-Sachen *&c.* & §. Wenn aber der *Appellat &c.*

EST JUS IMPUGNANDI] Vel: est legitima judicis superioris invocatio adversus gravamina inferioris. Schütz. *in comp. de appellat. p. 560.*

VEL JUDICIALIS, VEL EXTRAJUDICIALIS] Desumta est hæc divisio ab objecto appellationis, & sic satis recte se habet. Alii tres species faciunt: interjudicialem, judicialem & extrajudicialem, alii quatuor, antejudicialem, interjuditialem, judicialem & postjudicialem, quas tamen non sine causa rejicit VVesenbec. *ad tit. de appellat. n. 5.* Potest etiam hæc divisio appellationis in judicialem & extrajudicialem ita explicari (si fundamentum ejus ponas modum appellandi) ut judicialis appelletur ea, quæ [illegible] in judicio coram judice, vel oretenus, vel viva voce, extrajudicialis vero, quæ fit coram notario & testibus, extra judicium. De hac appellatione, quæ coram notario & testibus fit, vide plura apud Nicolai *in Process. Part. 1. cap. 5.* Carpz. *Part. 1. c. 10. d. 1. 2. 3. & lib. 3. Resp. 110. & 111. item Part. 3. decis. 239.* De Jure Electorali Saxon. breviter ita se res habet. Olim quidem constitutum erat, ut appellationes ejusmodi coram Notario & testibus indistincte valerent, sive judicis copiam quis habere eumque secure adire posset, sive non posset. *Part. 1. const. 20.* Postmodum autem in *Ord. Appell. rubr.* von *Appellationen*/ wie die angenommen §. Dieweil aber/ob frequentem earum abusum constitutum fuit, ut antequam ejusmodi appellationes in supremo appellationum judicio reciperentur, inferioris judicis a quo relatio de momentis causæ impetraretur, & denique abusu harum appellationum nimium quantum aucto in *resol. gravamin. tit. 15. tit.* von *Justitien* Sachen §. Und weil zum Dreystasten/ dispositum est, ut talis appellatio non aliter admittatur, quam si appellans docuerit, se a Judice inferiore nec Apostolos, nec relationem (Bericht) impetrare potuisse. In specie vero appellatio coram Notario & testibus plane per observantiam non recipitur in Curia Lipsiensi Carpzov. *d. decis. 230.* neque etiam in causis metallicis propter peculiare mandatum Christiani II. Elect. Saxon. *de dato 9. April 1609. Vid. Corp. Saxon. tit.* Cammer- und Berg-Sachen *p. 50.*

V. Appellare possunt omnes *per iniquitatem vel imperitiam judicis* gravati, *l. 1. pr. h. t.* Sive suo, *l. 20. §. 1. h.* Sive alieno nomine, in *judicio versentur, ut tutores nomine pupillorum. l. 1. §. 15. quand. app. l. 2. si tut. vel cur. l. 24. 27. h. curatores minorum, l. 24. pr. h. Procuratores, l. 18. h. Imo hi omnes tenentur. Alias tutores & curatores actione tutelæ & curæ convenientur, l. 11. C. de admo. tut. Siquidem causa fuerit bona. Neque interponere solum,* **Sed & persequi appellationem, Bacch. ad Tr. p. 1. Disp. 9. th. 3. B.* Nego- Quinam possunt appellare?

ciorum gestor. l. 1. pr. de appel. rec. l. 11. §. fin. Neg. gest. l. 24. h. Si quidem sub cautione judicati solvendi actionem excepit, & condemnatus sit, l. 24. pr. h. t. Quod si Dominus ipse vel ejus nomine procu- rator litigavit, *poterit negotiorum gestor appellare non jure suo: sed hactenus, ut, cujus negocium ita geritur, intra decendium ratum habeat, l. 20. rem ratib. l. 1. pr. de App. recip. Sed & tertius, non condemnatus, quatenus sua interest sententiam retractari, sine ratihabitione, recte appellat, l. 1. pr. ff. de app. rec. l. 2. §. 1. quand. app. (Et siquidem ipse appellationem introducturus est, usus observat, ut una, & in ipsa interposita appellatione exprimat gravamina, Gail. 1. obs. 122.) Adeo & pro damnato ad supplicium, quivis etsi perire festinante, provocare potest, l. 6. ff. h. t.*

Tertius non condemnatus quat. recte appellat?

Pro damnato ad supplicium quivis provocare potest.

AD THES. V.

SED ET PERSEQVI] Quæritur an procurator qui habet mandatum indefinitum ad utramque instantiam, appellationem interpositam persequi teneatur? [illegible]. affirm. cum auctore per *l. 2. an per al. caus. appell. l. 17. C. de procur.* vide Schütz. *in comp. de procur. p. 54. in E.* Aliud de Jure Canon, secundum quod potest quidem persequi, sed non tenetur *c. 14. X. de Procurat.* quamvis alii male hoc capit. eo explicent, quasi procurator nec persequi possit. Vid. Brunnem. *ad d. l. 17. C. de procurat.* Struv. *ex. 50. th. 11.*

SED ET TERTIVS] v. g. venditor si emtor condemnatus sit *l. 4. §. 3. ff. de appell.* Alia exempla vide apud Schütz. *in comp. p. 561.*

ET PRO DAMNATO AD SVPPLICIVM] Quod tamen non admittitur in Praxi. Schütz. *d. l.*

Quinam appellare nequeunt?

VI. Appellare contra nequeunt, qui renunciarunt appellationi, *l. ult. §. ult. C. de temp. app. Sive disertim, * sive promittendo se staturos sententia judicis. l. 1. §. 3. a quibus app. Quia verba sunt accipienda cum effectu, qui hic nullus, appellatione permissa.* Qui lite contestata emanentes contumaciter, ob id condemnati sunt, *l. 13. §. 3. & 4. C. de judic. l. 23. §. ult. h. t. l. 73. §. ult. de jud. l. 1. C. quor. ap. non rec. Ut & procuratoris contumacia principali noceat, l. 10. C. de procur. Item qui jam bis appellarunt. l. un. C. Ne lic. in ead. caus.* Qui sponte confessi *in causis civilibus scilicet: In criminalibus confessi simul & convicti. Eodem se res modo habet cum conventis a fisco, quoties fiscus certat de damno vitando arg. l. 4. C. quor. app. non recip. Itemque cum his, quos statim interest reip. puniri, l. 16. h. Quales sunt raptor, l. 1. C. de rap. vir. latro insignis, dux factionis, d.* l. 16.

Digitized by Google

l. 16. falsus monetarius, l. 1. pr. C. de falf. mon. Reus manifesta violentia, l. 6. C. ad L. Jul. de Vi. pub. * *Damnati majestatis.*

AD THES. VI.

APPELLARE CONTRA NEQVEVNT] Adde Eck. *ad tit. de appellat. recip. §. 2.* Schütz. *in comp. p. 566. in.*)

CONTVMACITER OB ID] Etiam de Jure Saxon. nisi Citatio non recte fuerit insinuata Carpzov. *lib. 3. Resp. 111.*

PROCVRATORIS CONTVMACIA PRINCIPALI] Tenetur tamen procurator Domino actione mandati, & si non est solvendo, Dominus restituitur in integrum. Schütz. *in comp. de appellat. p. 567. & de procurat. p. 54. in E.*

QVI JAM BIS APPELLARVNT] Nisi super novo capitulo aut si novum gravamen oriatur, aliisque in casibus, quos tradit Perez *ad d. t. C. ne liceat in ead. cauf. n. 3. 4.* ubi tradit etiam, quod in Camera imperiali & Gallicana hæc constitutio non observetur.

VII. Appellari potest ab omnibus Judicibus, *tam superioribus, quam inferioribus, tam ordinario, l. 32. §. 3. C. h. quam delegato, nisi sit delegatus a Principe sub lege ista, ne ab eo appelletur, l. 1. §. 4. a quib. app. non lic.* Exceptis *olim* Præfectis prætorio, *l. un. C. de sent. pref. prat. Præfecto Augustali in Ægypto, & in Asiana Ponticaque diœcesi ab eis Comitibus vel Proconsulibus vel Rectoribus, qui ut vice Principis judicarent, ibi constitati erant. Nov. 82. c. nostras tamen. 12. Nov. 119. c. 5. Hodie Saxoniæ Ducibus & Electore Brandenburgico. Dn. Carpz. def. 23. p. 1. const. 20. aliisque, quos vide apud Treutl. h. th. 4. tit. E. Limn. ad A. B.* [illegible] *p. 381. obs. 9. Ab Episcopo non poterat appellari l. 8. C. de Episc. audi. Quo pertinet lex Constantini in appendice C. Th. ad Ablavium PP. Quæ constitutio partim habetur ad calcem Synodi Valentiniana tertia, & eam in appendice Codicis Theod. Seorsum edidit Jacob. Sirmundus. (Vide Seldeni uxorem Hebr. 3. 28.) Idem privilegium per Auream Bullam datum est Archiepiscopis Electoribus c. 11.* Et arbitris compromissariis, *l. 1. C. de arb. l. 32. §. 14. l. 27. §. 2. ff. eod. l. 76. pro socio. Quia ex ejus sententia nec actio, nec exceptio nascitur, l. 2. de rec. arb. l. 1. C. eod. neque sententia ejus ullo modo consumit actionem pristinam, neque impedit, quominus ea coram Judice ordinario proponatur: Neque hic adest, qui appellari possit. Si tamen nimis evidens sit iniquitas sententiæ, datur exceptio doli, l. 32. §. 14. de rec. arb.* *Etiam jure Canonico, *quod naturam arbitrorum nusquam mutavit.*

A quibus judicibus appellare licet?

Ab arbitri sententia non appellatur.

AD THES. VII.

TAM SUPERIORIBUS] Modo & hi superiorem agnoscant. Nam a summo Principe non appellatur. Unde nec ab Imperatore, tanquam capite Imperii, appellabitur, ne quidem ad Pontificem, vide omnino Eckolt. *ad tit. a quib. non app. non lic.* §. 1. Adde Carpzov. *de Leg. reg. c. 9. sect. 1. n. 17.* Ord. Cam. *P. 2. t. 7. in fin.* Neque licebit jure stricto appellare a Principe male informato ad melius informandum per rationes, quas recenset Eckolt. *ibid. n. 2.* Heig. *P. 1. qu. 10. n. 18. seq.* & communi Statuum suffragio ejusmodi appellationem rejectam fuisse testatur Gail. *l. 1. obs. 155. n. 6.* Quod si tamen princeps eandem admittat, erit appellatio improprie dicta & instar leuterationis alicujus aut supplicationis Carpz. *l. 3. resp. 116. n. 19. seq.* Exempla ejusmodi appellationum recensent Heig. *d. l. n. 19.* Carpzov. *d. l. n. 18.* Adde quos citat Schutz. *in comp. lib. p. 561. in P.*

HODIE SAXONIÆ DUCIBUS] Quibus Statibus imperii concessum sit privilegium de non - appellando præter auctores a nostro citatos vide apud Eckolt. *ad tit. a quib. appell. non lic.* §. 3. 4. Schwveder *introd. in jus publ. P. spec. sect. 1. c. 11. §. 2. & 3.* Prodiit *anno 1601.* Francofurti ad Mœnum libellus, in quo privilegia de non-appellando statibus concessa conjunctim exhibentur, qui cum non in omnium manibus sit, non pigebit ea breviter recensere. Continet igitur (1.) Privilegia Austriaca a Carolo IV. *ann. 1360.* Sigismundo *ann. 1437.* Carolo V. *ann. 1530.* indulta (*p. 1. seq.*) (2.) pacta inter Carolum V. & Ducem Burgundiæ inter alia etiam ratione appellationis de *ann. 1548. (p. 29. seqq.)* (3.) Simile pactum inter Ferdinandum I. Regem Romanum & Ducem Lotharingiæ de *ann. 1541. (p. 48.)* & privilegium Lotharingicum ab Imperatore Carolo IV. indultum *ann. 1349. (p. 657.)* (4.) privilegia Rothweilensia Maximiliani I. *ann. 1496.* Caroli IV. *ann. 1361.* (*p. 61. seq. & 663.*) (5.) Privilegia de non - appellando Electoribus & Ducibus Saxoniæ a Ferdinando I. *ann. 1559. (p. 82. & 926.)* (6.) Electori Coloniensi a Maximiliano II. *ann. 1570. (p. 99.)* (7.) civitati Coloniensi a Maximil. I. *ann. 1514.* & Carolo V. *ann. 1521. (p. 111. seq. & 695. item 751.)* (8.) Episcopo Magdeburgensi & Halberstadiensi a Ferdinando I. *ann. 1558.* indulta (*p. 127. & 349.*) (9.) Transactionem inter Episcopum Monasteriensem super puncto appellationis *ann. 1563. (p. 138.)* (10.) privilegium Electoris Trevirensis ratione appellationum interponendarum a Ferdinando *ann. 1561.* concessum (*p. 141. & 959.*) (11.) Privilegium Bavariæ indulgente eodem Ferdinando *ann. 1559. (p. 154.)* (12.) Privilegium Noribergense, auctore Friderico Imp. *de ann. 1464. (p. 166.)* & Carolo V. *ann. 1540. (p. 768.)* (13.) Lubecense Caroli V. *ann. 1544. (p. 185.)* (14.) Juliacense Ferdinandi de *ann. 1559.* & Caroli *1546. (p. 197. & 716.)* Item Maximiliani II. *ann. 1566. (p. 228. & 831.)* (15.) Brunsvicense Ferdinandi I. *ann. 1561. (p. 236.)* (16.) Augustanum Caroli 5. *ann. 1541. (p. 261. & 869.)* (17.) Bremense Caroli 5. *ann. 1541. & 1554. (p. 269.)* (18.) Francofurtanum Maximiliani *ann. 1580. (p. 284.)* (19.) Hamburgense Caroli 5. *ann. 1554. (p.*

291.

291.) (20.) Brixense Maximiliani II. *ann. 1564. (p. 301.)* (21.) ordinis Johannitici concessum a Ferdinando *ann. 1559. (p. 310.)* (22.) Comitis Neunariensis & Mörsensis ab eodem Ferdinando indultum *ann. 1560. (p. 319.)* (23.) Hanoviense Maximiliani II. *ann. 1566.* & Friderici *ann. 1489. (p. 325.)* (24.) Pomeranum Caroli V. *1544. (p. 343.)* (25.) Mansfeldicum Maximil. II. *ann. 1518. (p. 356.)* (26.) Herbipolense Caroli IV. *ann. 1337.* & Maximiliani *ann. 1531. (p. 367.)* ut & Friderici *ann. 1168. (p. 636.)* (27.) VVurtenbergicum Maximiliani *ann. 1495. (p. 379. & 807.)* (28.) Gelnhusiense Caroli 1366. & Friderici 1471. *(p. 425.)* (29.) Ulmense Sigismundi, Caroli IV. & Ruperti, item Friderici *(p. 447.)* (30.) Memmingense Friderici *ann. 1471.(p. 473.)* & Caroli 5. *1521.(p. 760.)* (31.) Holsaticum Rudolphi II. Maximiliani II. & Friderici *(p. 481. & 508.)* (32.) Brandenburgicum Electorale Rudolphi II. *1568. (p. 532. & 943.)* & Ducale Caroli 5. *1541. (p. 547. & 971.)* (33.) Metense Ferdinandi *ann. 1563. (p. 556.)* (34.) Bisontinum Caroli IV. *ann. 1364. (p. 564.)* (35.) Leodiense Maximiliani II. *ann. 1571. (p. 581.)* (36.) Trajectense Friderici *1473. (p. 631.)* (37.) Hallense Maximiliani 1493. & Caroli V. *1521. (p. 681.)* (38.) Leyningense Friderici *1470. (p. 700.)* (39.) Uberlingense Caroli V. *ann. 1530. (p. 721.)* (40.) VVormatiense Maximiliani *1514. (p. 803.)* (41.) Argentoratense Maxim. II. *1570. (p. 810.)* & Caroli IV. *ann. 1555. (p. 863.)* ut & Maximiliani I. *ann. 1501. (p. 890.)* (42.) Palatinum Rudolphi II. *ann. 1578. (p. 878.)* (43.) VVinsheimense Maximiliani *ann. 1499. (p. 911.)* & Caroli V. *ann. 1536. (p. 918.)* Sunt autem privilegia illa vel illimitata, vel limitata ad certas causas & summas, quædam etiam saltem de non evocando disponunt & certum modum ac formam appellationis præscribunt. An vero eadem omnia adhuc hodie observentur, alia quæstio, quam uti distincte definire hujus loci non est, ita de quibusdem civitatibus atque provinciis, quarum hodie alia facies est ac olim, certo affirmari potest, privilegia ista vel propter subjectionem desiisse, vel propter exemtionem iisdem non amplius opus esse. Illud obiter noto, Ludovicum du May *en l'Estat de l'Empire dial. 7. p. m. 461. 462.* de Comitibus Hanoviensibus & Leiningensibus ita scribere *Ceux de Hanau ont autant de bien qu'un grand Prince, & exercent une justice, de laquelle leurs Sujets ne peuvent point appeller - - Les Comtes de Leiningen, que les François appellent de Linange, jugent les procez de leurs Sujets sans aucun appel.* Quæ privilegia Comitum Hanoviæ & de Leiningen cum ex præfato Ludovico de May attulisset Dn. Schwederus *Introduct. in Jur. publ. d. l. p. 407.* quasi de eorum veritate dubitans subjungit. *Sed de eo nihil mihi constat nec a quoquam alio ejus mentionem factam hactenus observavi.* Videtur autem Ludovicus de May respexisse ad illa privilegia, quæ in catalogo privilegiorum modo *n. 23. & 38.* retulimus. An vero & ipsa hodie usurpentur, in præsenti non disquiro. Notandum tamen est, quod ii principes & status, qui privilegium de non appellando adhuc dum exercent, cogantur eo in casu, ubi justitiam partibus denegaverint, appellationem admittere, aut si saltem justitiam protrahant, ne eisdem

zu recht nicht verholffen/ oder Jhme das kündlich versaget oder mit Gefähr verzogen wäre. Ord. Camer. P. 2. tit. 1. & tit. 26. Limn. ad A. B. cap. 11. §. 1. obs. 1. p. 378. Unde privilegiis de non appellando sæpius limitatio ista expresse inserta: Es wäre denn Sach/ daß einem offenbahr und kündlich Recht versagt oder gefährlich verzogen würde/ der oder die möchten alsdenn ihr Recht suchen an den Enden und Städten/ da sie das gebühret. Vide privilegia Friderici Imperatoris Comitibus Hanoviæ & Leiningensibus data d. Vol. p. 318. & 704.

DATUM EST ARCHIEPISCOPIS ELECTORIBUS] Sed hi tamen postea jus suum tacite remiserunt, uti de singulis testatur Limn. *ad d. §. 2. A. B. obs. 1. p. 376.* Trevirensis vero postea ab Imperatore Ferdinando idem confirmari curavit. Limn. *d. l. vid. catal. not. praced. n. 10.* Privilegium Coloniensis confirmatum fuit ab Imperatore Maximil. II. Limn. *d. l. p. 377. Catal. not. praced. n. 6.* Utriusque & Coloniensis, & Moguntini, privilegia de novo confirmavit Ferdinandus III. quamvis Coloniensis mox idem remiserit, eo quod causarentur Ordines Provinciales sumtus ad judicium revisorium, quali opus foret, constituendum sibi nimis graves fore Schwed. *d. l. p. 406.* An vero Electores non usu privilegium istud amittant, & confirmatione nova Imperatoris necessario opus habeant? vide quos citat Schweder. *d. l.*

ET ARBITRIS COMPROMISSARIIS] Ad LL. obstantes resp. Struv. *ex. 8. th. 104. ibique in resolut.*

HIC ADEST, QUI APPELLARI] i. e. ad quem appellari possit. Nam arbiter, qua talis, nullum habet judicem, a quo dependeat, quique ejus immediate superior dici possit. Neque adest, a quo appelletur. Appellatur quippe a judicibus. At arbiter non est judex, nisi improprie talis, & in pluribus a judice vero differt vid. Franzk. *ad tit. de recept. arbit. n. 13. 14.*

DATUR EXCEPTIO DOLI] Adde *l. 3. C. de recept. arb.* si nimirum adversarius actionem ex stipulatu ad pœnam instituat Eck. *de recept. arbitr. §. 8.*

De consuetudine German. in causa capitali appellare non licet.

VIII. Appellare licet in omni causa *etiam non magni momenti, l. 20. C. h.* Etiam criminali capitali, *l. 8. ff. de app. l. 2. §. fin. C. quand. app. Secus tamen de consuetudine totius Germaniæ, Mynf. observ. 41. cent. 4. Quod ratione non destituitur, præsertim quantum ad processum inquisitorium. Appellatur autem non solum a sen*tentia definitiva. *Sed & a nominatione ad honorem, munusve publicum l. hi qui l. cives. C. de appell. De indictione seu tributo imperato onerosiore. Nov. 128. c. 7. Non ab interlocutoria l. apertissimi. 16. C. de judic. l. 21. C. de appell. l. ante. 7. C. quor. app. l. 2. de app. rec. Nisi contineat gravamen irreparabile, v. g. in restitutione in integrum, sententia super ætate dicta, l. intra. 39. de minor. Nec si appella-*

pellatur, a mulcta, l. 25. C. h. t. Nec in casu L. ab arbitro. 9. C. qui satisd. cog. Nec si de momentanea possessione sententia dicta, l. un. C. si de moment. poss. iure autem Can. ob quodlibet gravamen, a quavis sententia etiam interlocutoria, appellari potest, C. super eo. 12. h. t.

AD THES. VIII.

NON MAGNI MOMENTI] Quid hodie obtineat vid. Schütz. *in comp. de appellat. p. 562. lit. d.*

ETIAM CRIMINALI CAPITALI] Adde Brunnem. *Proc. cap. 28. n. 11. seqq.* Martini ad *proc. tit. 10. §. 6. n. 137. 138. p. 386.*

CONSVETVDINE TOTIVS GERMANIÆ] Vide tamen Schütz. *in comp. de appellat. p. 562. lit. D.* Brunnem. *d. l. n. 12.* Martini *d. l. n. 140.* Hoc tamen certum est, in Saxonia non admitti appellationem in criminalibus vid. *Ordin. appell. tit.* Wer vor unserm Appellation-Gericht gelaben s. und mögen demnach quod & de Ducatu VVürtenbergico testatur Schütz. ibid.

QVOD RATIONE NON DESTITVITVR]. In processu inquisitorio enim sententia non transit in rem judicatam, & loco appellationis concessa est defensio rei non solum prima, sed & pro ratione circumstantiarum secunda & tertia. Imo si judex in iis, quæ sententiam antecedunt, formam in processu inquisitorio sibi præscriptam non observaverit, ab hujusmodi gravamine utique appellare licebit.

NEC SI APPELLATVR] Mallem: *item nisi appelletur.* Nam a mulcta appellare licet *d. l. 25. C. de appellat.*

NEC IN CASV] h. e. *Item in casu.* Nam ab arbitro ad fidejussores probandos constituto, si in alterutram partem iniquum arbitrium videatur, appellare licet, *d. l. 9.*

JURE AVTEM CANONICO] Quod sequuntur mores nostri.

IX. Forma appellandi est *vel in ordine.* Ut ab inferiori ad superiorem gradatim fiat, *Nov. 19. c. 3. l. 2. vers. ea conditione. C. h. adeo, ut appellatio, omisso medio ad Imperatorem, remittenda sit & vires non habeat, l. 21. h. Quamvis jure Canonico omisso etiam medio, recta ad Pontificem appellari posse videatur c. ad Romam c. 2. q. 6. c. si duobus. 7. & c. solicitudinem. 54. h. t. Vel in tempore, quod aliud interponenda appellationi, olim in causa propria biduum, in aliena triduum, l. 1. §. 5. & 11. ff. quand. app. Hodie indistincte a* tempore latæ sententiæ, intra decendium, *scienti computandum, l. 1. §. 15. ff. quand. app. Nov. 23. pr. auth. hodie. C. h. t. quoad. de sent. & re jud. l. 1. §. 5. Quod de momento in momentum currit, Dn. Carpz. p. 1. c. 9. defin. 13. n. 11. Aliud introducenda, quod jure nostro definitum non reperitur, sed arbitrio judicis relinquitur. Aliud* Forma appellandi. Tempus aliud præfixum est appellationi interponendæ. Aliud introducendæ.

Aliud prosequenda. *prosequenda.* Prosequenda intra annum, *& ex justa causa intra biennium* ab interposita ea computandum, *auth. ei qui. C. de temp. app. Adeo, ut post lapsum anni sententia, a qua appellationem interpositam quis non est persecutus possit executioni mandari, quasi deserta appellatione, l. fin. §. illud. C. eo.*

AD THES. IX.

AB INFERIORE AD SUPERIOREM] Adde Eck. *tit. quis a quo appell. §. 1. ubi ress. ad l. obss.*

GRADATIM] Eck. *d. l.* Jure Electorali Saxonico ab inferioribus Judicibus, sive sint Academici, sive Municipales, electionem habent partes, an statim ad judicium Appellationum Dresdense, an vero prius ad Curiam provincialem supremam appellare velint. Ubi tamen notandæ veniunt duæ limitationes: Una, quod a Commissariis ab Aula Electorali delegatis ad supremum solummodo Appellationum judicium provocetur, non etiam ad curiam provincialem; Altera, quod a sententiis & decisis Episcopatuum Elect. Saxon. Martisburgensis, Numburgensis & Misenensis etiam non appellari possit ad Curiam supremam, sed vel ad Judicium appellationum, vel ad Cameram Imper. (*electiva* tamen, non, ut B. Carpzov vult *lib. 3. resp. 129. in rubr. & n. 14. & 17. alternative.* Hoc enim est contra declarationem dictorum Episcopatuum, quam vide *ibid. n. 15.*) appellandum est. Carpzov. *d. lib. 3. Resp. 124. & 128.*

QVAMVIS JURE CANON.] Rationem vide apud Eckolt. *d. l. §. 2. in fin.*

QVOD JURE NOSTRO DEFINITUM] Jure Saxon. intra menstruum spatium a die, quo dati sunt Apostoli, computandum, Appellatio introducenda est. Ord. Appell. *tit.* Von *Appellationen* tole die angenommen/ Eckolt *ad tit. quando appellandum sit §. 4.* ubi & quæ amplius circa Appellationis introductionem Jure Saxon. observari debeant, tum quantum temporis spatium ad introductionem Appellationum Jure imperii requiratur, recenset.

PROSEQVENDA INTRA ANNUM] Quamvis idem sit: appellationem prosequi & eandem justificare, stylo tamen praxis Saxonicæ prosecutio Leuterationi tribui solet, justificatio appellationi. Cæterum & Jure Saxonico hoc spatium annuum receptum, idque adhuc hodie obtinet in Electoratu, si ab inferioribus judicibus v. g. Nobilibus Ambtsassiis ad præfectum appellatio dirigatur Martini ad *proc. tit. 10. §. 2. n. 3. p. 325.* Idem observatum est antea, si ad Curiam Provincialem provocatio fieret. Carpz. *Proc. tit. 18. art. 5. n. 98.* At in judicio supremo Appellationum jamdudum constitutum fuit, ut appellatio in proximo sequente termino justificanda sit. Ordin. Appell. *d. tit. §.* wenn nun also. Carpzov. *Proc. d. n. 98. seqq.* quod postea etiam ad Curiarum Provincialium Judicia suprema a Serenissimo extensum fuit Resolut. gravam. tit. von Justit. Sachen §. und damit auch zum acht und zwantzigsten. Martini *d. l. n. 7.*

AB INTERPOSITA EA] Dissentientes vide apud Carpzov. *proc. d. l. n. 87. 89.*

QVA-

QVASI DESERTA] Moribus nostris pars adversa semper hoc casu citationem ad procedendum super desertione impetrare & postea in termino partes super desertione procedere debent, quo pacto judex per sententiam declarat appellationem ab appellante esse desertam. Fit autem hæc accusatio desertionis coram judice a quo si nondum appellatio introducta sit ad superiorem, post introductionem coram judice ad quem.

X. Modus appellandi est, ut fiat *modeste & in scriptis, nisi forte a sententia definitiva appelletur, quod viva voce fieri potest, l. 6. §. pen. l. 28. h. t. 2. ff. h.* petitis apostolis, *quæ sunt literæ dimissoriæ, quibus causa a judice inferiore ad superiorem dimittitur. Qui, si a judice appellationi deferatur, Reverentiales appellantur: Si non deferatur; Refutatorii. Petuntur autem* in quavis appellatione, intra dies triginta, *a lata sententia numerandos*, cum omni diligentia & instantia, *jure Can. Quamvis juri civ. dentur, etsi appellator non petierit, l. eas qui 6. §. ult. C. h. t. In Galliis eorum non esse usum ait Imbertus. Vide & Granewegium ad l. 5. C. de appellat. P. Greger. Syntag. lib. 50. c. 2.* Petendi sunt ab appellante Apostoli. Apostoli quid?

AD THES. X.

MODVS APPELLANDI] Huc spectat etiam modus appellationis schedulam insinuandi. Quamvis autem communiter insinuari debeat ipsi judici a quo, vid. Martini [redacted] *Proc. t. c. 10. §. 4. n. 251. seq. p. 398.* moribus tamen nostris schedulæ appellationum & leuterationum solent insinuari etiam actuariis, aut aliis registratoribus ad acta juratis.

ET IN SCRIPTIS] De Jure Saxonico vid. Carpzov. *lib. 3. Resp. 109. n. 1. seqq.*

SI NON DEFERATVR REFVTATORII] Jure Electorali Saxon. magistratus inferiores in honorem Serenissimi, cuilibet appellationi etiam injustæ deferre tenentur, unde loco refutatoriorum dare solent parti appellanti relationem (einen Bericht) quæ tamen ratione contentorum ab apostolis refutatoriis parum differt.

XI. Effectus appellationis est, ut sententia suspendatur, *ita ut nec executioni interim mandari, nec quicquam innovari, pendente Appellatione, possit, l. un. ff. nihil inn. pen. app. Etiamsi appellatio recepta non fuerit, l. 3. C. h. t. l. 5. ff. de app. reip. d. l. un. pr. Quod* [redacted] *quid innovatum attentatumque fuerit pendente appellatione ab interlocutoria, id rescinditur tum, cum approbata fuerit appellatio & inhibitio facta, c. significantibus. 49. X. h. t. c. non solum. 7. eod. Pendente autem appellatione, a sententia definitiva, statim rescinditur. Debet autem Judex, a quo, actorum copiam edere appellanti.* Effectus appellationis.

 Quod

Quod si recuset, a judice appellationis per literas compulsoriales cogitur, l. 2. Et ibi Dd. C. de eden. Ex Justiniani autem constitutione decem libris auri puniuntur, Nov. 126. c. 3. Et causa reducatur ad tempus litis contestatæ, *ita, ut quæ post litem contestatam proponi potuerunt in prima instantia, ut exceptiones peremtoriæ, proponi possint & in secunda instantia, l. ita. 13. ubi Dd. C. de procur.*

AD THES. XI.

IN PRIMA INSTANTIA] Sic si exceptiones dilatoriæ, quas Jure Saxonico omnes in primo termino opponendas esse supra notavimus, in prima instantia omissæ fuerint, eæ possunt in Leuteratione vel appellatione à sententia primi termini adduci, similiter si pars exceptionem peremtoriam litis contestationi annectere omiserit, poterit eandem addere in leuteratione & appellatione a sententia, quæ super litis contestatione pronunciatum fuit.

ET IN SECUNDA INSTANTIA] Moribus tamen nostris hoc non est universale, nam v. g. in appellatione novæ probationes & articuli probatoriales cum testibus non possunt adduci.

Supplicatio quid?

XII. Supplicatio *quæ eadem & Retractatio l. ult. de fide instr. l. ult. de temp. appel. Latinis dicitur, Glossographis autem revisio, supplicatio.* est querela de gravamine ejus judicis, a quo appellare non licet, *superiorem tamen recognoscit, veluti contra sententiam Præfecti Prætorio, l. 5. C. de prec. Imp. offer. l. un. C. de sent. Præf. Prætor. Nov. Theod. 6.* Superiori, *interdum & eidem judici*, exhibita. Locumque habet tantum in sententia definitiva, *inque his causis, in quibus vel ratione Judicis, vel causæ privilegiatæ appellari nequit.* Cui datum est biennium *ex quo Præfectus magistratu abiit, successore dato*, si Imperatori porrigatur, *l. un. C. de sent. præf. prætor. Sin eidem judici gravanti, plerumque decendium. Modus est*, quod fieri potest, tam viva voce, quam in scriptis, *allegata nominiquitate sententiæ: sed errore proprio & circumventione adversarii. Quod si intra decendium supplicetur, sententia, contra quam facta est supplicatio, non mandatur exsecutioni, nisi victor satisdederit de restituendo, si sententia rescindatur. Si vero post 10. dies, exsecutio fit sine satisdatione, salvo retractationis jure ei, qui se gravatum putat, Nov. 119. c. 5. Vide Gipban. de ord. judic. l. 2. c. 23.*

Supplicatio quando locum habeat.

Effectus supplicationis intra decendium factæ.

AD THES. XII.

SUPPLICATIO] Supplicationis hoc remedium Jure Electorali Saxonico non est in usu *tit. 37. Ord. Proc.* Ceterum tamen cum idem in Imperio

&

& Jure communi Saxonico, ut & in inferiori Lusatia (vid. Mart. *ad Ord. Proc. d. l. p. 3. seq. p. 1130.*) adhuc vigeat, adde iis, quæ auctor hic habet, Fibig. *in proc. p. m. 328.* ibique Excell. Dn. Svendend. *p. 329. seqq.* & B. Brunnem. *in proc. cap. 38. n. 113. seq.*

SVPERIOREM TAMEN RECOGNOSCIT] Hoc non est perpetuum, imo hodiernis moribus frequentius supplicatio conceditur contra sententiam summi principis.

SUPERIORI] Scil. si superiorem habeat, ut Præfectus Prætorio, alias necessario eidem judici supplicandum erit v.g. Imperatori; si vero superiorem habeat, quandoque etiam eidem judici supplicatio exhiberi debet, v. g. Principi Imperii, qui privilegium de non appellando habet. Hoc enim casu supplicationem non ad Imperatorem, sed ad ipsum Principem dirigendam esse arbitror. Quin imo hanc regulam generalem tradit Dn. Svend. *d. l. p. 330.* Supplicationem esse remedium suspensivum, non vero devolutivum, ex qua regula illud inferre licebit, supplicationem hodie nunquam fieri ad superiorem.

NON MANDATVR EXECVTIONI] Adde Martini *ad Ord. Proc. d. tit. 37. n. 10. seqq.*

XIII. Affines sunt Leuteratio, juris Saxonici, seu petitio declarandæ sententiæ, *qua eodem fere jure cum appellatione gaudet*, Et revisio, qua sententia ejus judicis, a quo appellari nequit, diligenti actorum inspectione & consideratione, in melius reformari petitur. *Sed hanc non differre a retractatione quid Benderus satagat, tractatu de revisione, certum est. Vide Giphan. d. lo.* Leuteratio. Revisio.

AD THES. XIII.

LEVTERATIO] & Oberleuteratio, de quibus vide Ord. Proc. Saxon. *tit. 35.* ibique Mart. Fibig. *proc. p. 290. seq. & p. 307. seqq.* ibique Excellent. Dn. Svendend. Brunnem. *Proc. cap. 38. n. 124. seqq.*

REVISIO] In Camera imperiali recepta, de qua vide latius Martini *ad tit. 37.* Ord. Proc. *n. 15. seq. p. 1124.* Brunnem. *d. l. n. 118. seqq.* Jure vero Electorali Saxon. abolita. Ord. Proc. *d. tit. 37.*

NON DIFFERRE A RETRACTATIONE] Seu supplicatione, vid. *Thes. praced. init.* quod latius deducit Giphan. *loc. cit.* Quamvis autem secundum principia Juris Romani non differant supplicatio & revisio, differunt tamen quoad mores imperii, cum revisio certam ac præscriptam formam habeat, a modo procedendi in supplicatione diversam, ut taceam differentiam ratione judiciorum & judicis, cujus sententiæ revisio petitur, aut contra eam supplicatio exhibetur. vid. Autores *not. prac. cit.*

XIV. Restitutio in integrum est redintegrandæ rei vel causæ *L. fin. de Min. l. interdum. 19. Eod. l. sed etsi 26. §. 8. Ex quib. caus. maj. tan. C. de repar. quæ fit in jud. in int. restit.* *Ergo non tantum* Restitutio in integrum quid?

rei ipsa; sed etiam fructus restituendi veniunt. l. Videam u.38. §. in Fabiana. 4. de usur. l. 81. de V. S. l. plus esse. 22. l. restituere. 35. l. ult. §. ult. ff. eod. l. 173. §. cum verbum, de R. J. usura autem vel petuntur pro eo quod interest; & veniunt in restitutionem. l. ait prætor. §. hodie. De minor. l. 27. §. 1. eod. tit. Aut petuntur ratione moræ, in pœnam non solventis, & non veniunt, l. sciendum. l. 18. Ex quib. caus. maj. actio, *Paul. 1. sent. 7. Et competit his, qui sunt cum imperio. l. 26. §. 1. ad Munic. Non Municipalibus. Ex constitutione autem Justiniani in l. ult. C. ubi & ap. quem, non solum judices, quibus tribunal est: Sed & pedanei illi, quos Augustalis dedit majestas, & Reip. Administratores. Vide dissert. nostram 3. ad quinquag. decis. c. 3. a n. 16.*

Datur læsis & deceptis.

Datur autem deceptis & læsis, *l. junioribus. 5. C. h. t. l. 2. C. in quib. caus. in integr. rest. l. nam posteaquam. 9. §. si minor. 4. ff. de jurejur. Non igitur datur, quoties jus nostrum nobis est integrum, d. l. 2. & t. t. eod. l. 16. pr. ff. de minor. puta, quando actus est ipso jure nullus, l. 2. C. de præd. minor. Sed & læsorum successoribus tam universalibus, l. non solum 6. h. t. l. 18. §. fin. ff. de minor. l. 1. C. si adv. dot. Quam singularibus l. quod si minor, 24. pr. de minor. l. 75. de admin. & per. tut. l. alterius, 20. §. 1. ff. de tut. & rat. dist.*

AD THES. XIV.

EST REDINTEGRANDÆ] h. e. ut Struv. *ex. 8. th. 1.* hanc Pauli definitionem explicat, est remedium juris, quo læsus præcedente causæ cognitione, impetrat ex æquitate Prætoria, legitima de causa pristini juris relve stricto jure amissæ reparationem. Cæterum vox restitutionis est ambigua. Est quippe restitutio vel gratiæ seu personalis, quæ fit in causis criminalibus ex indulgentia Principis, quæ iterum vel plena, ubi pristina jura simul restituuntur *l. 1. C. de sentent. pass.* vel minus plena, ubi pœna saltem remittitur, quæ dicitur indulgentia *l. 7. C. eod. l. fin. C. de gener. abol.* vel Justitiæ seu realis, & fit a magistratu in causis civilibus, eaque vel civilis, de qua in *l. 1. C. de rescind. vend. l. 3. §. 1. de jurejur. l. 33. de re judic.* vel Prætoria, quæ hujus loci est. *Vid. Schlitz. in comp. hic p. 51. Franzk. h. t. n. 3. seqq.* & definitur a Paulo, prout consideratur respectu petentis restitutionem, quam definitionem modo ex Struvio explicuimus, qui & aliam ejus definitionem, prout consideratur respectu dantis restitutionem *ex l. 1. C. in quib. c. rest. in int. non est nec.* tradit & explicat. Contingit autem restitutio tribus modis, quos optime discernit Struv. *d. l. th. 3.*

ET COMPETIT HIS] Confundit hic duplicem restitutionis in integrum considerationem modo traditam auctor. Definiverat enim eandem cum Pau-

Paulo, quatenus consideratur respectu petentis. Quod vero jam tractat prædicatum, spectat ad restitutionem consideratam ratione concedentis. Actio quippe non competit his qui sunt cum imperio, sed ipsæ causæ redintegratio. Adde Struv. *d. l. th. 4. junct. th. 2.*

EX CONSTITUTIONE AUTEM JUSTINIANI] Hodie cuilibet jurisdictionem habenti modo alias sit judex competens. conf. infra *th. 26.* Adde Struv. *th. 4.* Schütz. *d. l. p. 58.*

QUAM SINGULARIBUS] Non tamen omnibus, sed saltem cessionariis *d. l. 24. pr. d. l. 20. §. 1.*

XV. Causæ restitutionis sunt septem; I. est Metus, per quem quod gestum est, Prætor rescindit, *l. metum. §. sed quod Prætor, l. ult. §. 1. h. t. Cum enim ipso jure teneat, l. 5. C. h. t. l. 1. ibi: ratum non habebo, ff. h. t. l. 21. §. pen. h. t. Ideo prætor, quod contra bonus mores gestum, rescindit, d. l. 21. §. 1. d. l. 13. C. de transact. Eadem ratio est juramenti metu extorti, jure civili, per auth. Sacramenta püberum. C. si advers. vend. secus jure Can. Quo aut interpositum est juramentum super re honesta, & ita est obligatorium, ut absolutione opus sit, c. si vero. c. verum. X. de Jurejurando. Est enim quodammodo voluntarium, c. merito 15. q. 1. Aut super turpi, & ipso jure est nullum, nec rescissione indiget, text. in c. cum contingat, & in c. pervenit X. de jurej. can. l. 2. 3. 4. 5. 6. & 22. cau. 22. q. 6.* data actione. Quod metus causa, *in qua, nisi restitutio intra tempus a judice præscriptum, fiat, condemnatur reus intra annum in quadruplum, l. 9. §. 7. h. l. 4. §. 1. eod. l. 4. C. eod. cui tamen simplum inest, l. item si. 14. §. 9. & 10. h. t. Quadruplatur autem omne, quodcunque restitui oportet, ut sunt partus ancillarum, fœtus pecudum & fructus, d. l. 14. §. Labeo. & §. pen. juncta l. 12. pr. h. t. Atque hæc obtinent, convento etiam tertio possessore, l. 14. §. in hac actione. Quia est actio in rem concepta, l. 9. §. 1. & §. fin. h. t. l. 14. §. in hac actione. h. t. Post annum vero in simplum, d. l. 1. 14. §. 1. & 2. l. 4. C. h. t.* Vel exceptione, *l. 9. §. sed quod Prætor. 3. h. t. ubi videlicet res nondum tradita est, ut hac adversus petentem is, qui metu promisit, defendatur.*

Causæ ob quas quis potest restitui in integrum, sunt 7.
I. Metus,

Quod per metum gestum est, rescindit Prætor data Actione quod metus causa.

Vel exceptione.

AD THES. XV.

CUM ENIM IPSO JURE TENEAT] De veritate hujus assertionis quoad Jus Civile nullum est dubium vide Struv. *d. l. th. 11. & in resolut. ibid.* ubi resp. ad textus obstantes. Ex principiis Ethicis si rem dirimere velis, asseritur equidem communiter, quod actio metu inita spectet ad actiones mixtas, quæ magis ad spontaneas inclinant, quam ad invitas. *Vid. Dn. Patr.*

Patr. tab. Phil. pract. tab. de spontaneo & invito. Qua ratione etiam utitur Struv. *d. ex. 8. th. 10.* & magnus Grotius *de J. B. l. 2. c. 11. §. 7.* ex promisso metu facto obligationem quidem oriri, at metum incutientem teneri etiam, ut promittentem liberet, asserens. A quo tamen non immerito dissentit Dn. Pufend. *de J. N. & G. l. 3. c. 6. §. 11.* ubi & elegantem rationem juris civilis proponit, & *§. 17.* aliis Hobbesii rationibus respondet. Pro Grotio equidem adversus Pufendorff. defensionem suscepit Uffelmann. *in tract. de Jure Hominis circa sermonem*, sed responsionem ad hujus rationes in aliam occasionem differo.

EADEM RATIO EST JURAMENTI] Etiam juramentum metu super relicta extortum in conscientia & abstrahendo a legibus civilibus non obligat. Juramentum enim qua tale est promissio Deo facta. Qui itaque latroni metum incutienti v. g. centum jurato promittit, hactenus Deo promittit, quod velit latroni centum dare. Deus vero tanquam justissimus promissionem istam per injustam violentiam a latrone extortam acceptasse non præsumitur. At nullum promissum nisi acceptatum obligat.

CONVENTO ETIAM TERTIO POSSESSORE] Quia scil. quadruplum non est pœna incussi metus, sed contumaciæ, quod priori judicis sententiæ obedientia non fuerit præstita, quæ contumacia obtinet quoque in possessore tertio.

II. Dolus malus.

XVI. Secunda causa est dolus malus, *l. 1. §. 2. h. t.* quo, persuasu quæ gesta sunt, Prætor rescindit, *quia mero jure subsistunt*, *l. si quis. 36. de V. O. l. 5. C. de inut. stipul. l. 5. C. de resc. vend.* data actione, *aliis deficientibus*, ne dolo, personali, *l. 15. §. 3. & l. seq. h. t. nascitur enim ex maleficio, in personam ejus, qui dolum adhibuit: In quo differt a præcedenti actione, d. l. 15. §. 3.* & arbitraria, *§. præterea. Instit. de act. l. arbitrio. 18. h. t.* Quæ cum sit famosa, non nisi cum causæ cognitione danda est, *l. 2. C. h. t. l. si quis. 9. §. fin. h. t.*

AD THES. XVI.

EST DOLUS MALUS] Vocabolo doli strictissime accepto, prout explicui supra ad dissertat. *19. th. 4.* ubi & Auctor dolum, quatenus est hujus loci, definiverat.

QUIA MERO JURE SUBSISTUNT] Scil. quæritur: An ea, quæ persuasione fraudulenta alterius gesta sunt, subsistant? Auctor id indistincte affirmat. Communiter tamen & rectius Dd. secundum regulam Juris civilis distinguere solent inter dolum contractui causam dantem & incidentem negotio, item inter dolum contrahentis mecum & tertii, tum denique inter contractus b. f. & stricti juris. vid. Struv. *d. ex. 8. th. 26. usque ad th. 34.* Sed an hæ distinctiones etiam locum habeant inter eos, qui nulla juris civilis communione tenentur? disceptari solet. Grot.

l. 2.

l. 2. c. 11. §. 6 n. 2. id negat. & indistincte affirmat, pacta dolo inita non subsistere, at Dn. Pufendorff. *de J. N. & G. lib. 3. c. 6. §. 8. p. m. 341.* non improbabiliter pleraque harum paucis immutatis adhiberi debere arbitratur, cujus opinioni accedo.

ALIIS DEFICIENTIBUS] Explicat hoc & ad infinitas fere leges obstantes resp. Struv. *ex. 8. th. 36. ibique in resolut.* adde Franzk. *ad ff. h. t. n. 20. & 21.*

III. Minor ætas.

XVII. Tertia causa est minor ætas, *nondum completi 25. anni, l. 1. §. apparet. h. t. Ad quam si vel momentum desit, restitutio locum habet. l. 3. §. 3. h. t. Minorum etiam jure gaudent Ecclesiæ, c. 1. & ibi gl. verb. jur. minoris. c. auditis X. de rest. in integr. Respublica* qualibet, l. 4. C. ex quib. caus. maj. l. 9. a contrario sensu. de appel. l. 3. C. de jure Reipubl.* qua lapsis, sive patresf. sive filiif. sint, sive masculi, sive fœminæ. *l. denique 3. §. 4. & 5. h. t. Quid si Doctor juris? Aut lapsus est in iis, quæ sunt juris, aut in his, quæ facti. * Hic solum locum habere videtur restitutio, l. 1. C. qui & adv. quos. l. 2. §. 43. de O. J. h. t.* Prætor subvenit, eosque in pristinum statum reponit. *l. 1. h. t.*

Minorum jure gaudet Ecclesia & Resp.

Doctor juris minor an in integrum restitui possit?

AD THES. XVII.

NONDUM COMPLETI 25. ANNI] Jure Saxon. anni vigesimi primi.

SI VEL MOMENTUM DESIT] Quid si quis natus sit die 28. Febr. hora v. g. matutina 9. & majorennitas ejus incidat in annum bis sextilem, in quo Februario tribui solent 29. dies? Tunc utique majorennitas ejus incipiet post horam 9. diei 29. Februar. vide Struv. *Ex. 8. th. 42.*

QUID SI DOCTOR JURIS?] Idem de mercatore dicendum in negotiis mercaturam concernentibus Struv. *d. ex. 8. th. 55.* Quid de eo dicendum qui veniam ætatis impetraverit? vide eund. *th. 13.*

Minor, qui cupit restitui in integrum, duo probare debet ætatem & læsionem.

XVIII. Duo autem *imprimis* probanda hic sunt minoris Primo *juventa lubricum. Tac. ann. 6. ætatis lubricum. l. ult. C. si advers. del.* ætas, *l. de ætate 43. ff. h. t. l. si minorem. 4. C. de restit. min. Quæ probatur vel testibus, Br. in d. l. ætate, 43. h. t. l. 2. ubi Godofr. lit. e. C. de his qui ven. æt. imp. In quorum numero possunt esse obstetrices, l. 3. §. duæ. vers. vel sing. de Carb. edi. Vicini, quia præsumuntur scire facta vicini, l. si vicinus. C. de nupt. Consanguinei & Parentes, l. etiam 16. ubi gl. & Godofr. in not. ff. de probat. * Non tamen horum testimonio plena adhibenda fides, nisi fiat aut odio filii, vel favore Reip. principaliter, ut videlicet ipsi munus quoddam demandetur. Vel scriptura. d. l. 3. §. duæ de Carb. ed. l. 1. &*

Ætas quomodo probetur?

 l. 5.

l. 3. C. si min. se maj. dix. l. 2. ff. de excus. tut. Puta libris privatis, in quibus parentes liberorum natales scribere consueverunt, l. 2. §. ætat. 1. ff. de excus. tut. d. l. 1. C. si minor se maj. l. statum 6. C. de fide instr. Aut parœcialibus quibus num plene credatur. Vide Cancerium 1. resol. 22. 28. Besold. thes. pr. verbo: Tauff-Bücher. Deinde læsio, *l. minoribus 5. C. de rest. min. l. 1. C. si adv. ven. pig. l. 9. §. 4. de jurej.* Quæ tamen ex facto quodam nonnunquam præsumitur, *ut ulteriore probatione non egeat. Puta cum adversus præscriptionem minor vult restitui; probabit enim saltem se minorem esse, cum ex reliquo læsio satis appareat.*

Læsio probatione fere non indiget & cur?

AD THES. XVIII.

QVIBVS NVM PLENE CREDATVR] Omnino plene & ita etiam mores nostri observant.

XIX. Restituitur autem minor tam adversus contractus, *l. 3. §. proinde ff. ad SCt. Mac. l. regula. §. hac ratione. ff. de J. & F. J. l. verum. 11. §. fin. h. t. Sed circa modum restitutionis advertendum, non semper contractum rescindi oportere: Sed ita demum, si minori non expedierit, emere vel vendere. Nam si in emendo vel vendendo læsionem nullam passus sit, quia forte expediit sibi vendere vel emere: sed tantum carius vel vilius emit vendiditve, electio venditoris erit, utrum id, quod justum excessit pretium, restituere, vel emptoris, id quod deest, supplere, an vero a contractu recedere malit, l. si res æstimata, §. 1. & ibi gl. ad verb. præstet. ff. de Jur. dot.* quam distractus, *puta novationem, l. patri, 27. §. pen. l. 40. pr. h.* Itemque adversus sententiam, *l. 1. & t. t. C. si adv. rem jud. l. 1. C. si adv. l. præfecti. & l. seq. de minor.* Et appellationem omissam. *l. ait prætor. §. pen. de min.* Et alia. *Quoties enim læsi fuerint minores. l. minoribus, C. de rest. min. l. 9. §. 4. de Jurej. sive sui imbecillitate, sive alterius calliditate: vel ratione eorum, quæ amiserunt, vel ratione eorum, quæ non adquisiverunt: vel quod oneri se implicuerunt. l. 24. §. 1. l. 44. de minor. Prætor iis succurrit, l. 1. pr. h. t.*

Adversus quænam minor restitui possit.

AD THES. XIX.

ELECTIO VENDITORIS] Verba paululum obscura ita facile intelligi possunt, si hæc substituas, *electio vel ejus erit, qui minori carius vendidit, utrum id quod justum excessit pretium minori restituere, vel ejus qui a minore vilius emit, utrum id, quod deest, supplere, an vero uterque a contractu recedere malint.* Hunc sensum auctoris esse, non solum suadent ver-

verba ejus, sed & glossa ab auctore citata. Sed vereor, an hæc sententia subsistere queat, cum *d. l. 12. §. 1. ff. de jure dot.* plane loquatur de diverso casu & de læsione majoris. Vide *glossam ibid.* quæ nec ipsa id de minore asserit, quod auctor hic ponit. Quin potius mihi placet sententia Struvii *d. ex. 8. th. 50.* Minori hoc casu restitutionem haud esse denegandam, neque adeo committendam esse adversario electionem *arg. l. 24. §. 4. verb. jubeat h. t.* Nam si minor in emtione ratione pretii læsus est, jus quæsitum ad restitutionem habet, quod ipsi inviso auferri nequit.

QVOD ONERI SE IMPLICVERVNT] v. si hereditatem adiverint, circa quam illud notandum, quod minor contra omissam hereditatem restitutus iterum audiatur contra aditionem *l. 7. §. 9. ff. h. t.* at contra aditam hereditatem semel restitutus non auditur iterum contra repudiationem *l. f. §. f. C. de bon. quæ lib.* In priori enim casu minor certat de damno vitando, in posteriori de lucro captando.

XX. Nisi majores facti, gesta in minore ætate comprobant, *l. 3. §. 1. de min. t. t. C. si maj. fac. rat. hab. Sive expresse l. 1. & 2. C. si min. maj. fac. sive tacite:* Aut contractum jurej. confirmant, *l. 1. & auth. seq. C. si adv. vend. c. cum contigat. de Jurej.* Aut maleficium aliquod dolo m. perpetrarunt. *l. 9. §. nunc videndum. l. 37. §. in delictis. ff. de min. l. 1. & 2. C. si adv. ven. l. 7. C. de pœn.* Aut ad pretium participandum, se venundari passi sunt, *l. 2. 9. §. 4. ff. de min.*

Quibus casibus minores in integrum non restituuntur?

AD THES. XX.

SIVE TACITE] Quod fit partim per factum negativum, si intra quadriennium post majorennitatem taceat, de quo vide *th. ult.* partim per factum positivum, scil. per ratihabitionem, de qua distincte Struv. *d. ex. 8. th. 52.*

CONTRACTVM JVREJVRANDO] Adde iterum Struv. *th. 54.*

XXI. Quarta restitutionis causa est capitis minutio *minima. l. 2. l. 7. §. 2. & 3. h. t.* qua, statu per adoptionem aut emancipationem mutato, obligationes *civiles. Naturales enim durant l. 2. §. 2. h. t.* prius contractæ stricto jure pereunt. Itaque adversus hanc Prætor alteri, *qui cum capite minuto contraxerat*, reddita pristina actione, *ac si factum nihil esset*, succurrit, *l. 2. §. 1. h. t. Ex summa æquitate; iniquum enim esset sic ludificari & decipi eos, qui cum his contraxerant, cum factum cuique suum, non alii nocere debeat, l. Gratius. 71. §. pen. de fidej. l. si per imprudentiam. 51. in pr. de evict.*

IV. Capitis minutio minima.

Restitutio, quæ ex hac causa fit, summa æquitate nititur & quare?

AD THES. XXI.

EST CAPITIS MINVTIO] Quæ ad intellectum hujus theseos faciunt, ea jam præmisimus supra *ad dissert. 17. th. 11.*

PER ADOPTIONEM] Arrogationem puta. Hanc thesin Auctoris contra

tra assertionem ejus contrariam supra *d. th. 11.* ubi arrogationem excludebat, defendi *ibid.* Et nititur ea quam maxime *l. 2. pr. & §. 1. ff. de cap. min.* Quamvis autem & Bachovius *in tr. b. t. n. 9. p. 1149.* arrogatione obligationes non perire velit, ejus tamen ratio, qua *d. l. 2.* restringere allaborat, quod in arrogatione nullæ intervenerint venditiones, aut imaginariæ manumissiones, futilis est, & nexu plane destituitur. Nusquam enim asseritur, quod ob venditiones serviles amittantur obligationes in emancipatione, quamvis *l. 3. ff. de cap. min.* dicatur emancipationem per ejusmodi venditiones fieri. Et præterea nullum est dubium, quin tempore Justiniani restitutio adversus capitis minutionem emancipatorum obtinuerit *arg. tot. tit. ff. de cap. dimin. Conf. Bachov. d. l. n. 8.* cum tamen Justinianus imaginarias venditiones in emancipatione olim usitatas plane sustulerit *§. 6. Inst. quib. mod. jus P. P. solv.* Non obst. *§. fin. Inst. de acquis. per arrog.* qui potius pro nobis pugnat, cum Imperator ibidem dicat *arrogatorem pro eo quod arrogatus debuit ipso quidem jure* stricto & veteri illo, seu civili *non teneri, sed tamen nomine filii* ex jure scilicet Prætorio creditorem arrogati in integrum restituente *conveniri posse.* Nec obst. *l. 45. de adept.* ex quo rursus illud saltem inferre licebit, quod actio a Prætore restituta in arrogatorem transeat.

V. Justa absentia. Absentiæ variæ sunt species.

XXII. Quinta causa est justa absentia, *quæ est vel necessaria eaque aut laudabilis, qualis est militum, l. 3. C. de re mil. l. 28. l. 45. & 46. ff. h. t. Et aliorum, Reipub. causa absentium, l. 1. h. t. l. 1. C. eod. Aut culpabilis ut relegatorum, aut indifferens, eorum scil. qui vinculis detinentur, l. 1. §. 1. l. 9. l. 10. l. 28. §. 1. h. t. Vel voluntaria, quæ sponte in sui amicorumque gratiam & utilitatem suscipitur, quæ itidem vel commendanda, ut in studioso, vel vituperanda, ut in contumace, vel indifferens, ut in mercatore.*

AD THES. XXII.

ET JUSTA ABSENTIA] eaque non ordinaria seu negativa, verum extraordinaria seu privativa. vid. Struv. *d. ex. 8. th. 71.*

QUI VINCULIS DETINENTUR] a latronibus nimirum, non ob delictum, alias enim foret absentia vituperabilis Struv. *th. 71.*

INDIFFERENS UT IN MERCATORE] Equidem absentiam mercatoris Dominus Struvius *d. l. th. 71.* refert ad absentiam laudabilem. sed rectius auctor ad indifferentem reducit vid. Eck. *ad h. t. §. 3. p. 96.* Schütz. *in comp. p. 67.*

Restituitur in integrum vel absens contra præsentem.

XXIII. Absentia itaque necessaria & laudabilis parit restitutionem. Vel absenti, contra præsentem indistincte, *sive absens procuratorem non reliquerit, l. 26. §. ult. h. t. ob favorem cum Reipub. tum quod his imputari nihil possit, qui de tractandis publicis potius, quam suis negociis tum temporis cogitarunt, sive reliquerit, d. l. 26. §. ult.*

Digitized by Google

ult. * *Hoc tamen intellige de procuratore generali, qui rem ab alio possessam & usucapi captam ignorare potuit. Vel etiam de speciali: sed qui aut non potuit defendere, puta præmortuus, l. 28. h. t. Aut potuit quidem; sed postea non solvendo factus, inaniter actione mandati conveniretur arg. l. 6. de dol. Eadem ratio circa impetrandam restitutionem est in absenti, ex causa indifferenti, voluntariaque & laudabili, ut studiosorum, l. 28. pr. h. t.* Vel indistincte certis casibus, *puta,* si non potuit absens Procuratorem ullum invenire: vel reliquit quidem, sed per quem non fuit defensus, qualis est absentia relegatorum *arg. d. l. 26. §. 1. ubi gl. ad l. 20. in pr. de minor.* Et mercatorum, *qui ex causa voluntaria & indifferenti absunt, lucri sui causa, l. 42. h. t. Quia facile potuere sibi de procuratore prospicere. Nullo autem modo restituuntur ex voluntaria & vituperabili causa absentes, l. 2. §. 8. ff. si quis caut.*

AD THES. XXIII.

SIVE RELIQUERIT] Illud quidem dicit *d. l. 26. §. ult.* Sed contrarium asserit *l. 39. ff. eod.* ad quam, ut & ad alias respondet Struv. *in resolut. ad ex. 8. th. 73. p. 159.* Aliter, nec adeo male distinguit Eck. *h. t. §. 4. p. m. 96.* Utramque responsionem conjungit auctor ipse hic.

EX CAUSA INDIFFERENTI] Scilicet necessaria, *arg. d. l. 26. §. ult. in fin.* Nam de indifferente voluntaria v. g. mercatorum mox sequetur apud auctorem.

VOLUNTARIAQUE ET LAUDABILI] Nam *in l. 28. pr. h. t.* verba: *forte procuratore* non determinative, sed exemplificative accipienda. Struv. *th. 37.*

ABSENTIA RELEGATORUM] Qui ex causa necessaria vituperabili absunt *vid. th. præced.* Non obstat *l. 26. §. ult. in fin.* Hæc enim verba *ex §. 1. ejusd. l. 26.* limitanda sunt. Nec obst. quod absentes ex causa voluntaria vituperabili non restituantur, ergo nec in necessaria vituperabili restituendi sunt, cum delictum nemini prodesse debeat. Respondeo disparitatem adesse satis apertam. Nam in voluntaria delictum h. e. contumacia non solum præcessit absentiam, sed etiam eandem concomitatur, ita, ut quamdiu absentia duret, tamdiu etiam duret delictum. At in necessaria delictum præcessit saltem, & in absentia relegatorum nullum delictum latet, sed pœna, adeoque nec delictum ipsis prodest, sed pœna saltem ultra intentionem Legislatoris ipsis non debet nocere. Adde *l. 28. pr. h. t.*

XXIV. Vel præsenti datur restitutio contra absentem, *l. 1. l. 21. pr. h. t. quacunque absentia. Et si enim principaliter restitutio hæc in favorem absentium introducta sit: tamen sicut æquum est, absen-* Vel præsens contra absentem.

 tium

etiam suam nemini nocere; ita aequissimum, eam nemini in alterius damnum prodesse, d. l. 21. l. 29. h. t. l. 140. de R. J. Vel praesenti ob absentiam magistratus, *si vel ejus non fuit copia: Vel jus non dixit, vel per dilationes ejus effectum est, ut actio extingueretur, d. l. 1. §. consule 3. h. t. l. 26. §. 4. eod. Secus est, si actionem causa cognita denegavit, ubi appellatio interponenda est, d. §. 4.* Vel denique ob quamlibet aliam causam justam major restituitur, *quae Praetori aequa visa fuerit, modo leges, Plebiscita, SCta, & edicta Principum non refragentur, d. l. 1. in fin. h. t. d. l. 26. §. fin. eod.*

VI. Quaelibet alia justa causa.

AD THES. XXIV.

OB QUAMLIBET ALIAM CAUSAM] Quam distincte exponit Struv. *d. ex. 8, th. 75. usque ad th. 80.*

VII. Alienatio futuri judicii mutandi causa facta.

XXV. Septima restitutionis causa est alienatio futuri, *l. 8. h. t. Nam si alienatio fiat inchoato semel judicio, contra dolosum alienatorem nihilominus illud peragitur, judicati autem actio contra novum possessorem datur. l. si posteaquam, 43. d. pecul. juncta l. 67. de contr. emt. Quod si tamen alienator utile judicium, perinde ac si possideret, pati paratus sit, Praetoris partes cessabunt, l. 4. §. fin. h. t.* judicii mutandi causa facta, qua Praetoriis, quibus dolo, *l. 1. 2. 3. 4. §. 1. h. t.* adversariorum suorum in potentiorem re vel possessione alienata molestior litigator suppositus est, succurritur, *l. 3. pr. h. t.*

AD THES. XXV.

MOLESTIOR LITIGATOR] Nimirum actor non reus, quod ex Franzkio & Bachovio deducit Eckolt. *a l h. t. 6. 1.* Dissentit Dn. Struv. *ex. 8 th. 92. per l. pen. & ult. h. t.* Ad quos textus respondet quidem Eckolt. *d. l.* verum ad *d. l. pen.* non adeo apte. Quin potius dicendum videtur *d. l. penult.* commode explicari posse de milite non actore, sed reo. Substitutio autem molestioris actoris spectat *ad tit. C. ne lic. potent.* prohibeturque sub jactura actionis cessae *l. 1. C. d. t.*

Restitutio in foro rei postulanda.

XXVI. Postulatur omnis restitutio in foro rei, *l. 2. C. ubi & apud quem. l. 2. C. de jurisd. Excepta Ecclesia, quae restitutionem coram judice Ecclesiastico petere potest, licet non sit judex rei petitae, c. pen. de reb. Eccl. non alien. c. 1. de rest. in int.* partibus praesentibus vel evocatis, *l. in causa, 13. §. causa. l. 29. §. fin. de min. l. 39. de adopt. l. 47. de Jud.* Qua postulata, suspenditur executio, *l. un. C. in int. rest. post. l. si causa. 32. C. de transact. Nisi constet morandi tantum animo eam peti. Tunc enim sententia ante omnia executioni man-*

Eaque postulata, executio suspenditur.

da-

Digitized by Google

dabitur, c. suscitata. & ibi Panor. h. t. Recepta tamen a victore idonea cautione de omnibus, quæ occasione executæ sententiæ medio tempore perceperit, restituendis, si adversarius in causa prævaluerit d. c. suscitata. Nisi restitutio sit petita animo executionem morandi.

AD THES. XXVI.

IN FORO REI] i. e. ejus, qui convenitur, non in foro rei sitæ. Id enim svadent textus allegati, & exceptio de ecclesia, semper etiamsi agat, coram judice ecclesiastico restitutionem petente. Cæterum cum forum Rei sit vel domicilii, vel contractus, vel rei sitæ, in quo foro Rei speciali restitutio inintegrum instituenda sit? quæritur. Respondeo: partim in foro rei sitæ, partim in foro domicilii, non vero in foro contractus per ea, quæ habet Struv *ex. 8. th. 4. & in resolut. ibid.*

XXVII. Tempus *jure novo* restitutioni petendæ datum est quadriennium, (*olim annus utilis, l. 1. C. de restit. mil. l. fin. C. de temp. restit. l. 7. l. 19. l. 39. de minor.*) *l. fin. C. de temp. restit. Imo & finienda, d. l. fin. ibi: finiendamque. Clem. n. de Rest. in integr. Nec litis contestatione perpetuatur, l. Papinianus. §. 1. de minor. Adeo, ut nec in modum exceptionis proposita restitutio, perpetuo vivat, Gomez. 2. var. res. 14. n. 8.* Unde tamen subducitur minor ætas & omnis legitima causa, *d. l. fin. vers. & quemadmodum. l. 1. 2. 3. 4. C. eod.* Tempus petendæ restitutioni præfixum est quadriennium

AD THES. XXVII.

EST QVADRIENNIVM] De tempore restitutionis petendæ adde Franzk. *h. t. n. 12. seqq.*

IMO ET FINIENDÆ]. Quod ita intelligo, non quasi in uno quadriennio post ætatem majorennem restitutio & institui & finiri debeat, sed quod intra quadriennium institui, & postea intra novum quadriennium finiri debeat. Nam si quis ultimo die quadriennii petat restitutionem, licite id facit & cum effectu *l. 16. §. 7. & 8. ex quib. caus. maj. l. 6. de O. & A.* Jam vero impossibile est, ut intra illud ultimi diei spatium eadem quoque finiri possit. Quicquid autem hujus sit, notat Dn. Struv. *d. ex. 8. th. 64.* hodie id amplius usu non observari, ut restitutio intra quadriennium finiatur.

VT NEC IN MODVM EXCEPTIONIS] Dissentiunt, & restitutionis in integrum exceptionem ne quidem longissimo tempore præscribi ajunt Carpzov. *l. 2. Resp. 96. n. 1. 2.* & Eckolt. *ad tit. de restit. in int. §. 6.*

SVBDVCITVR MINOR ÆTAS]. Ergo de jure civili hoc quadriennium incipit finito anno 25. & finitur post annum 29. Jure Saxonico vero incipiet post annum 21. & finietur post annum 25. eo momento scilicet, quo de jure civili debebat incipere. Vide Dn. Schilt. *ex. 11. th. 27.* ubi quidem Berlichium tanquam dissentientem adducit *l. 1. dec. 6.* Sed revera Berlichius *d. l.* consentit, quem vide *ibid. n. 3.* Alia vero est quæstio: si stato-

Digitized by Google

ſtatutum ſit, quod velit 18. anno minorennitatem finiri, an quadriennium hoc caſu incipere debeat poſt 18. annum & finire anno 22. Hanc quæſtionem negat Berlich. *d. l.* & cum eo Dn. Struv. *ex. 8. th. 64.* tempus reſtitutionis demum poſt annum 25. etiam hoc caſu finiri ſtatuentes, potiſſimum *arg. l. 5. C. de temp. in integ. reſt.* ubi expreſſe dicitur; ſi quis veniam ætatis impetravit, quod tunc tempus reſtitutionis quidem incipiat à die impetratæ veniæ; ſed tamen ſemper duret usque ad viceſimum quintum ætatis annum, & pro hac ſententia etiam Berlichius adducit præjudicium Scabinorum Lipſienſium. Verum neſcio an ex *d. l. 5.* ad hujus alterius quæſtionis deciſionem argumentatio procedat, cum impetratio veniæ contineat Jus ſingulare, ſtatutum vero jus commune & ordinarium, illa ætatem non legitimam, ſed firmatam, hoc legitimam &c. vid. Dn. Schilt. *d. th. 27. in fine.*

DISSERTATIO XXVIII.

De Exſecutione Sententiæ, & extraordinariis Judiciis.

RESPONDENTE

HIERONYMO Schneider / Mœno-Francof.

APHORISMUS I.

Executio rei judicat. quid?

EXſecutio rei judicatæ eſt actus *judiciarius, quicquid dicat Umminus h. l. th. 1. quia non fit a privato: ſed magiſtratu, ut judice. Nec id ſolum judiciale eſt, quod in judicio ipſo, ſed & quod ante & poſt judicium fit.* quo id, quod per ſententiam pronunciatum eſt, vere & realiter victori præſtatur. *Umm. diſput. ult. th. 1.* Exequitur rem judicatam Magiſtratus, qui ſententiam tulit, *mixtum habens imperium, ſive ſit ordinarius, ſive delegatus Principis, l. un. C. pro ſua Juriſdict. ſive cujus juriſdictio ſit prorogata, c. Paſtoralis, c. ſignificaſti. c. quærenti. X. de offic. deleg.* *Non vero mandatarius juriſdictionis, aut judex pedaneus, l. 15. pr. h. t. arbiterve.* Etiam appellationis judex, *ſive ſententiam confirmet, ſive reformet, l. 32. §. 2. in fin. C. de app. l. ult. in fin. C. de judic.* *Non vero ſi appellatio fruſtratoria, & nulla, vel per conſenſum partium conſopita.* * *Quod ſi judex pronunciet, appellationem deſertam eſſe, quia apparet, prioris judicis ſententiam in rem judicatam abiviſſe l. ult. verb. tanquam ſi ab*

Quisnam rem judicatam exequitur?

An & quæ appellationis judex exequatur,

Digitized by Google

fit ab initio. C. de temp. appell. ideo ipsius quoque erit exsecutio. Marant. de exsec. sent. n. 7. Quemadmodum & tum inferior exsequitur, ubi superior pronunciavit appellationem nullam, vel frustratoriam esse, Mynſ. obſ. 94. Aut si per transactionem, aut alio mutuo consensu ab appellatione recessum est. Quia in his casibus apparet sententiam latam a priori judice vim suam obtinuisse. Quod si res in alieno territorio, in quam exsecutio peragi debet sita, judex rei sitæ, compellatus a judice sententiam pronunciante, exsecutionem facit, l. 15. §. 1. ff. de Re jud. l. 45. §. 1. de judic. Sandius. 1. 11. 2. Et si quidem uterque judex dignitate pari, compellatur Judex rei sitæ per literas, quas vocant mutui compassus: Sin superior exsecutionem decernat, eam per literas exsecutoriales inferioris imperat. Carpz. process. p. 795. n. 25.

Si res sita in alieno territorio, judex rei sitæ execut. peragit.

Qui vel compellatur eo nomine per literas mutui compassus.

AD DISSERTATIONEM XXVIII.

AD THES. I.

EXECUTIO] Huc spectat Ord. Proc. Saxon. *tit. 39. & 49.*

EST ACTUS JUDICIARIUS] Lis est circa voces, vel enim sumitur hic terminus late pro omni actu publico, qui jussu judicis fit, & opponitur actui privato, vel supponitur stricte pro eo actu judicis, qui fit in judicio, & opponitur etiam actibus judicis antejudicialibus & postjudicialibus.

MANDATARIUS JURISDICTIONIS] At vero male confunditur mandatarius jurisdictionis cum judice pedaneo, quem solum excludit *l. 15. ff. de re judic.* & posse omnino mandatarium sententiam exequi probat Bachov. *in wesenb. ad tit. de jurisd. p. m. 393.* adde Perez. *ad Cod. de exec. rei judic. n. 3.*

ETIAM APPELLATIONIS JUDEX] Quia nimirum per appellationem tota causa a judice inferiori ad appellationis judicem devolvitur, item, quia ille judex exequitur sententiam, qui eam tulit. Brunnem. *in Proc. c. 29. n. 8.* Adde omnino Nicolai *in proc. P. 3. c. 2. n. 11. p. m. 16. seqq.*

SIVE SENTENTIAM CONFIRMET] Nec obstat, quod urgeas hoc casu executionem spectare ad judicem a quo, ob rationem modo dictam, quia nimirum is sententiam in judicio appellationis confirmatam tulit, neque judex appellationis hic novam sententiam dixisse videtur, [illegible] priorem hactenus suspensam saltem confirmasse, & ita, quod eadem in rem judicatam transierit, declarasse. Nam omnino nova sententia est etiam illa, quæ prioris judicii sententiam confirmat, cum non solum per appellationem prioris judicis officium expiraverit, sed & ipsa judicii appellationis sententia opus habeat decendii spatio, ut ipsa in rem judicatam transeat. Quicquid tamen hujus sit, moribus nostris, si in appellationis judicio sen-

ten-

tentia priori fuerit confirmata, causa remittitur ad judicem inferiorem ab eodem exequenda, secundum ductum Juris Canonici *cap. 59. X. de appellat.* vid. Carpzov. *in Proc. tit. 18. art. 6. n. 65. seqq.* Nicol. *d. 7. p. 17.*

VEL PER CONSENSUM PARTIUM] Reperit Auctor hanc sententiam in verbis modo sequentibus: dum statuit, inferiorem executioni sententiam mandare *si per transactionem aut alio mutuo consensu ab appellatione recessum sit.* Dissentio vero ab hac auctoris opinione, judicique appellationis etiam hoc casu executionem tribuit Berlich. *P. 1. concl. 79. n. 9.* quem sequitur Nicolai *d. l. p. 17.* quod dissidium forte dirimere poteris, si distinguas: an appellatio jam fuerit ab appellante introducta, an nondum? & priori casu Berlichii, posteriori Auctoris sententiam accipias. Per appellationis quippe introductionem demum plene causa ad superiorem judicem devolvitur.

DIGNITATE PARI] Par officii dignitas equidem non requiritur, sed sufficit, si judex rei sitæ non agnoscat judicem sententiæ pro superiore Conf. Berlich. *d. concl. 79. n. 18. seqq.*

Contra quos fit executio?

II. Fit executio contra victum *principalem, l. 4. §. 3. ff. h. t. Sive sit paterf. sive filius. Adeo, ut in hunc etiam invito patre fiat.* Etiam patre, de peculio, *ob ejusmodi quoque causam, ob quam ante non tenebatur, quia per litis contestationem filiusf. quasi contraxit, ut pater jam teneatur quasi ex contractu, l. 3. §. 11. de pecul. l. 35. de nox. act. l. 3. §. 4. ff. de min.* non procuratorem, *l. 22. l. 23. C. de procurat. (nisi se liti obtulit, l. 4. pr. ff. de Re jud. aut sit in rem suam, l. 4. pr. h. l. 61. de procur.) defensorem, tertium aliquem, tutorem, curatorem, Syndicum, l. 4. §. 1. cum seqq. de R. judic. Nisi se liti obtulerint, id est, si cum possent pupillo autores fieri, ad judicium accipiendum, l. 1. §. 2. de adm. tut. ipsi maluerint judicium suscipere, l. 2. pr. d. t. Aut si in tutorem vel curatorem, novatione facta, judicati obligatio translata est, l. 5. pr. quando ex fac. tut.* Vel ejus successorem *universalem, l. 44. de re jud. l. 6. §. ult. h. t. Etsi ejus mentio in sententia non facta, aut minor annis fuerit, d. l. 44. de R. jud. Etiam fiscum bona vacantia defuncti debitoris occupantem: Vel eum qui fisco successit, vel cui fiscus bona dedit.* Vel fidejussorem, *qui judicatum solvi satis dedit, l. ult. §. fin. C. de usur. Rei judic. Secus est in fidejussore ipsius contractus: Neque enim is absque novo processu actione judicati tenetur, etiamsi contra ipsum principalem sententia lata fuerit.*

Liti se offerre.

AD THES. II.

TERTIUM ALIQUEM] Unde quæritur, an valeat executio pro debitis mariti

riti in bona uxoris dotalia, vel paraphernalia; vel usumfructum eorundem? N. Carpzov. *in Proc. tit. 25. art. 1. n. 40. seqq.* Aff. Berlichius *P. 1. concl. 30. n. 36.* quos conciliare poteris ex dictis a Nicolai *Proc. P. III. c. 3. n. ult. p. 28.*

TUTOREM, CURATOREM] Adde Carpz. *Proc. tit. 25. art. 1. n. 36. seqq.* ubi & alias limitationes suppeditat.

VEL EJUS] i. e. victi non Procuratoris.

SUCCESSOREM UNIVERSALEM] Adde Nicolai *in Process. P. 3. C. 3. n. 5. 6. p. 20. seqq.* Adversus vero successorem singularem v. g. emtorem, donatorem, legatarium &c. executio non decernitur, nisi forte res litigio-[illegible] in ipsos fuerit translata Carpzov. *d. t. 25. art. 1. n. 46. seqq.*

QUI JUDICATUM SOLVI] Etiam absque novo processu *d. l. ult. C.* Adde Nicolai *d. c. 3. n. 3. p. 19.*

III. In rem *in judicio petitam, per sententiam* adjudicatam, *si certum corpus actione in rem personamve petitum sit, sin ad debiti solutionem, vel aestimationem, aut interesse praestationem actum est, exsecutio promiscue in omnibus rebus, quas quidem reus in bonis habet, fieri debet.* Exceptis instrumentis ad culturam agri, *l. 7. §. 8. C. quae res pign. oblig.* *Stipendiis militiae armatae, nisi exsecutio alias fieri non possit. l. 4. C. de exs. rei jud. Annonis Clericorum, Duar. ad l. 40. b. t.* Bonis feudalibus, *nisi allodialibus deficientibus, non tamen ut jus feudi in creditorem transferatur; Sed ut ex fructibus suum percipiat creditor.* *Vide Gail. 1. obs. 117. n. 2.* Re litigiosa, *l. 15. §. 4. b. t.* * *Libris studiosorum, etiam & Doctorum.*

In quas res fieri potest executio?

An & quat. in [illegible]ona feudalia executio recte fiat.

AD THES. III.

PROMISCUE IN OMNIBUS REBUS] Observato tamen ordine, de quo *th. 4.* auctor agit.

NISI EXECUTIO ALIAS] Quod & jure Saxon. receptum. vid. Ord. Proc. *tit. 39. §* anfänglich zwar Carpz. *d. tit. 25. art. 1. n. 14.*

BONIS FEUDALIBUS] Quid jure Saxon. obtineat, prolixe tradit Ord. Proc. Sax. *tit. 40.* ad quem vide Nicol. *Process. p. 3. c. 4. per integr.*

RE LITIGIOSA] Quod fusius declarat Nicolai *p. 3. c. 3. n. ult. p. m. 24. seqq.*

LIBRIS STUDIOSORUM] Adde Berlich. *P. 1. concl. 30. n. 47.* Nam Dd. hic ab instrumentis agriculturae ad libros Studiosorum argumentantur. Quae argumentatio an secundum principia Jurisprudentiae bene se habeat, hic non disquiram: Sufficit quod eadem in praxi non observetur. Nam quotidie in libros Studiosorum pro mercede locationis executionem fieri videmus. Adde Carpz. *P. 1. c. 25. d. 20. n. 6. seqq.* Eckolt. *ad tit. ff. in quibus caus. pign. §. 3.*

IV. Eo ordine, ut initium fiat a mobilibus, *& animalibus, iisque omni-*

Quo ordine in res victi execu-

tio peragenda? *omnino deficientibus, vel non sufficientibus*, postea immobilia capiantur & distrahantur, & tandem *in subsidium* ad jura & nomina deveniatur, *l. a Divo 15. §. in venditione. 2. & seqq. ff. de re jud.* Implorato officio judicis *nobili*, vel actione judicati.

Quibus remediis executionem quis petere debet?

AD THES. IV.

EO ORDINE] Adde Ordin. Proc. *tit. 39. §.* und do ein Urtheil usque ad finem Carpz. *Process. tit. 25. art. 2.*

Nempe imploratione officii judicis vel actione judicati.

Actio judicati descendit ex ipsa LL. 12. Tabb.

V. Actio judicati, *qua & judicati persecutio, l. 40. pr. de Minor. originem habere videtur ex ipsa Lege XII. tabb. qua condemnatis xxx. dies ad judicatum faciendum praestituebat, quibus elapsis, si victori satisfactum non esset, ei permittebat potestatem in nervo habendi debitorem, & licet postea acerba illa exsecutio fuerit abolita, ipsa tamen actio, qua ad judicati exsecutionem perveniebatur, semper mansit, Duar. ad l. 6. §. ult. h.* Nascitur edicto Praetoris, *l. 4. §. 3. l. 5. pr. de re jud. utut id Oldendorpius in classibus strenue neget, contra leges expressas. l. 8. C. de reb. cred. l. 30. §. si plures. 6. ff. de fideic. libert. l. 4. & passim. ff. de re jud.* lata sententia definitiva, *ipso jure valente, l. 4. §. 6. h. Etiamsi iniusta sit, l. 27. ff. de Re iud. Tum interlocutoria vim definitiva habente, Gædd. de sequest. c. 1. n. 54.* Ad hoc ut condemnatus plene perfecteque judicato satisfaciat. *Ergo & tum, ubi condemnatus paratus est satisdare, nisi forte magna caussa contrarium suaserit, l. 4. §. 3. ff. h. t. Imo etsi condemnatus fidejussores aut pignora iam in rem iudicatam acceperit, quia hoc modo a re iudicata non receditur: sed rei iudicata aliquid saltem accedit, d. l. 4. §. 4. Modo non novandi causa factum fuerit, d. l. 4. §. 4. l. 8. §. 3. de Novat.*

AD THES. V.

OLDENDORPIUS IN CLASSIBUS] Scil. *class. 1. act. 2.* At vero Oldendorpius ibidem id nequaquam negat, sed una cum Auctore hanc actionem Praetori adscribit *ibid. qu. 1. p. 110.* Defendit equidem Oldendorpius *d. l. q. 2.* hanc actionem in causa civili & naturali, non ex civili tantum originem ducere, sed per hoc priori assertioni non contradicit. Nec obstat ulterius huic sententiae, quod actio judicati oriatur ex quasi contractu. Nam exinde minime sequitur, ergo non ex edicto Praetoris; quippe & praetoriae actiones praeter causam remotam, scil. Praetoris voluntatem aliam causam propinquam, sive dominium, si reales sint, sive obligationem, si personales, agnoscunt. Quomodo autem ex quasi contractu actio judicati deducenda sit, eleganter declarat Struv. *ex. XLIV. th. 14.*

PA-

PARATVS EST SATISDARE} Nam per satisdationem rei judicatæ non satisfit, cum sententia velit, ut debitor solvat, adeoque se ab obligatione liberet. Per satisdationem autem non liberatur, sed obligationes ex obligationibus oriuntur, quod Prætor fieri non vult *d. l. 4. §. 3.*

VI. Non tamen ex sententia arbitri compromissarii, *l. 1. C. de recept. arb.* Eave quæ ipso jure nulla, *l. 4. §. 6. de R. iud. l. 3. C. de sent. quæ sine cert. quant. l. 9. C. de sent. & interloc. Aut ex interlocutoria simplici, vel tali, qua iudex rem petitoris esse tantum pronunciavit, quam alia sententia, condemnationem, vel absolutionem continens, demum secutura est, arg. l. 16. §. 5. de pign. & hypoth. Ubi non iudicati actio: sed necessario vetus instituenda dicitur. Ant. Fab. 16. coni. c. 14.* Ex quib. sententiis actio judicati non nascitur?

AD THES. VI.

SENTENTIA ARBITRI} Hæc enim non transit in rem judicatam. Quæ etiam ratio est in sententia ipso jure nulla.

VII. Datur [illegible] actori, qui suo nomine agens, pro causa sua sententiam obtinuit, ut & procuratori in rem suam, *l. 28. de procur.* Universitati, *cuius actor sive Syndicus vicit, l. 6. §. ult. quod cuiusque Univ. nom.* Pupillo, *si tutor obtinuit, l. 2. pr. de admin. & per. tut. l. 6. quand. ex fac. tut. Aut actor periculo tutoris a Prætore constitutus, d. l. 6.* Heredi *victoris, l. 6. §. ult. h. pro parte, qua heres est. Quod si heres, qui coheredem habet (etsi in solidum contra debitorem hereditarium agere non possit, nec alienam actionem invito coherede in iudicium deducere, l. 31. de iud.) eoque coherede nondum facto herede, prius in solidum egerit & vicerit, in solidum quoque ei iudicati actio competit, l. 7. fam. ercisc.* Cui actio judicati detur.

VIII. Venit in hanc actionem id, in quod reus priori judicio condemnatus est, *secus atque videtur Donello ad tit. C. de prætorio pig. n. 6.* tum sors, tum usuræ, *l. 4. §. 3. h. l. ult. §. 1. C. de usur. rei iud. Et litis expensæ.* Et si plures una sententia condemnati sunt, quilibet pro virili parte, non in solidum tenetur, *l. 43. h. l. 10. §. 3. de appell. l. 1. & 2. C. si plur. una sent. condem. l. 59. §. 3. mand. Etiam tum, cum cæteri solvendo non sunt, d. l. 2. C. si plur. un. sent. Vel etiam, ubi singuli rei prius in solidum tenebantur, quia dum iudicato prioris obligationis novatio facta est, eo ipso, hi per malitiam aut imprudentiam iudicis a solidi exactione absoluti videntur, Cuiac. par. C. h. t.* Nisi sententia id sit expressum, *ut quod ab uno servari* Quidnam in hanc judicati actionem venit?

ri non posset, id reliqui supplerent, l. 1. C. si plur. un. sent. Aut si res, de qua agebatur, individua sit, arg. l. 192. princ. de R. J. l. 65. de evict. Quod si post rem judicatam, condemnatus restitutionem rei frustrationibus suis remoretur, ut res interim pereat, æstimatio rei hac actione peti poterit, *l. 7. C. de exseq. rei iud. Quanti unquam post tempus iudicati plurimi fuerit.* Veniunt & usuræ centesimæ, quæ, post judicati solvendi tempora, ex mora debentur ipso jure, sine conventione aut condemnatione nova, *l. 1. §. 2. de usur.* Et fructus *rei restituendæ, non illi solum, in quos priori iudicio quis condemnatus: sed etiam ii, qui, nisi post tempora iudicati moram fecisset condemnatus, percipi ab actore potuerunt, l. 7. C. de exsecut. rei iud.*

AD THES. VIII.

VENIT IN HANC ACTIONEM] Cum his, quæ auctor *in hac thes. & seqq.* disserit, confer Dn. Struv. *ex. 44. th. 16.* quæ ex his auctoris fontibus collecta esse videtur.

VSVRÆ CENTESIMÆ] At hoc hodie non obtinet, prout ex VVissenb. notat Struv. *d. th. 16.*

Quidnam in actionem judicati non venit? IX. Non autem venit in hanc actionem æstimatio rei, quæ intra tempora judicati, suo fato interiit, *quia cum in mora condemnatus non fuit, arg. l. 88. de R. J. l. 127. de V. O. iuncta l. 7. h. l. ult. §. 1. C. de usur. rei iud, nec mora pœnam sustinere debet, l. 14. §. 11. quod met. caus.* Neque usuræ temporis ad satisfaciendum condemnatis dati. *Nam lata sententia, quæ appellatione suspensa non est usura ordinaria deberi desinunt, l. ult. pr. vers. si enim novatur, C. de usur. rei iud. l. 13. C. de usur.* Aut fructus, qui intra illud tempus percepti sunt, *l. 3. §. 1. de usur.*

X. Est hæc actio personalis, *l. 3. §. idem scribit n. de pecul. ex quasi contractu quippe orta, cum, iudicium recipiendo, videamur quasi contrahere, sicut stipulatione, l. 3. §. 11. de pecul. Et priorem contractum novare, l. ult. in fin. C. de usur. rei iud. l. 29. de Nov.* in factum prætoria *arg. l. 8. C. de reb. cred.* rei persecutoria, *l. 6. §. ult. de R. iud. Quamvis prima actio fuerit ex delicto, Don. l. 27. c. 3.* Perpetua, *etsi nec prima talis.* Cujus, *etsi, ut in aliis, novo processu opus sit, libelloque & litis contestatione, Don. lib. 27. & ibi Hill. c. 3. lib. L. Quia tamen hic tantum quæritur, an iudicatum sit, quod*

Actionis judicati processus brevi ad finem perducitur. Et cur?

ex

ex actis publicis probatu facile est, processus brevi ad finem perducitur.

AD THES. X.

QVAMVIS PRIMA ACTIO] Quia prima actio per litis contestationem novata fuit.

NOVO PROCESSV OPVS SIT] Secus si executio petatur per implorationem officii judicis nobilis (conf. auct. *hic th. 4. fin.*) ubi absque novo processu & nova libelli oblatione, aut litis contestatione summarissime proceditur secundum formulas, quas distinctè proponit Excell. Dn. Svendend. *ad lib. prax. p. 347. seqq.*

XI. Fieri autem debet exsecutio in solidum, *adeo, ut qui solvendo non sunt, in carcerem detrudi queant, Umm. th. 5.* nisi vel victus habeat beneficium, *competentiæ ut vocant*, ut in id tantum condemnetur, quod facere potest, *id est, ita, ut condemnatus, licet plus debeat, possit retinere ea, quæ ipsi ad sese honestè exhibendum & egestatem evitandam sunt necessaria, l. 19. §. 1. in fin. l. 30. de Re iudic. l. 137. de R. J. Ubi deducitur, quantum sufficit ad victum & alimenta, arg. l. 6. de cess. bon. Nisi operis suis se exhibere possit, l. 5. §. 7. de agnosc. & al. lib.* Uti parentes, *l. 16. de Re iud. In infinitum. Atque ex qualibet causa a liberis conventi, adeoque etiam mater ex causa tutelæ debens, licet omni beneficio renunciaverit, Covar. 2. var. resol. 1. n. 3.* & liberi, *l. 30. de R. iud. l. 18. pr. sol. mat.* Fratres & sorores, *arg. l. 63. pro socio.* Patronus & Patrona, *eorumque liberi, l. 17. de R. iud. Socius tam particularis, quam universalis, l. verum 63. pro socio. l. 16. de Re iudic. Milites, armata militia. l. miles 6. de Re iudic.* * *Non togatus, nec cælestis militia.* Maritus, *§. item si de dote. Inst. de act. l. 17. de Re indicat. sive nomine dotis uxori debita, sive ex alio quocunque contractu uxori condemnetur, l. 17. 20. 21. 24 §. 1. h. t. Si quidem conveniatur stante matrimonio, l. 14. §. 1. solut. matr. l. un. §. 7. vers. quia hoc æquissimum, C. de Rei. ux. act. vel eo soluto: sed ex contractu constante matrimonio habito, arg. l. 35. pr. de negot. gest. Et si dote apud eum exstante indistincte, actio personalis sit, an realis, l. 53. solut. matr.* Uxor, *sive ob dotis promissionem. l. 27. §. 1. sol. mat. sive ob aliam causam marito condemnetur, l. 20. in fin. h. t.* Pater mariti, *si a nuru, l. 21. de Re iudic. l. 15. §. ult. cum. l. seqq. l. 53. sol. matr.* Pater uxoris, *si a genero conveniatur, de dote promissa, l. 22. pr. de Re indic.*

Executio fieri debet in solidum.

Nisi victus vel habeat beneficium competentiæ.

Quinam habent beneficium competentiæ.

l. 17.

l. 17. pr. sol. matr. Donator, *si ex causa donationis conveniatur, l. 19. §. 1. l. 30. h. l. 12. de donat.* * *Quod ex quadem similitudine extendunt etiam ad Dominum feudi Duaren. ad l. 16. h. t.*

AD THES. XI.

IN CARCEREM DETRUDI QUEANT] Huc spectat ex Ord. Proc. Sax. *tit. 32.* wie des Schuldthurms halber wider den Schuldner zu procediren.

BENEFICIUM COMPETENTIÆ] De quo quoad hanc auctoris thesin conf. Nicol. *P. 3. c. 5. per integr.*

UBI DEDUCITUR] In deductione tria potissimum consideranda (1.) facultates & quantitas patrimonii debitoris (2.) conditio, qualitas & honestas ejusdem (3.) ætas. vid. omnino Nicol. *d. l. p. 56. 57.*

PARENTES] His beneficium competentiæ non tam ob jus sanguinis & reverentiam, quam ob debitum alimentorum *l. 5. §. 13. de agnosc. & alend. lib.* tribuitur. Hinc contra liberos datur parentibus exceptio; doso facis, qui petis, quod restiturus es *cap. 59. de R. J. in 6.* Bachov. *ad §. 35. Inst. de act.* Hoc autem debitum alimentorum cum magis ex jure naturali, quam civili originem ducat, inde ad parentes naturales beneficium hoc recte extenditur, quam extensionem præjudicio confirmat Richter *P. 2. dec. 88. n. 35.* An vero etiam ad parentes spirituales sit extendendum cum illis, quos citat Nicolai *d. l. n. 5. p. 59.* dubito, quia his alimenta non deberi videntur.

ET LIBERI] Sed an & hi in infinitum, uti de parentibus affirmavit auctor, beneficio hoc gaudent? Negant quæstionem & ad liberos primi gradus saltem restringunt Schneidew. *ad §. item si n. 9. Inst. de action.* Perez. *ad Cod. tit. de execut. rei judic. n. 13.* Ludw. *ex. 16. th. 8. lit. c.* Aff. autem C. J. *A. tit. de re judic. th. 34.* cum eadem hic militet ratio, [redacted] filiorum nomine nepotes etiam sæpissime contineantur *l. 84. l. 201. l. 220. ff. de V. S.* Cogitandum erit, an ista Dd. dissensio tolli possit, si distinguas, utrum, si avus nepotem de debito conveniat, pater nepotis adhuc vivat, eumque sustentare possit, an non? ita ut priori casu nepoti beneficium competentiæ non sit tribuendum, cum aliunde habeat, unde se sustentet; posteriori casu autem eidem competat, cum & avi mortuis liberis ad alimenta nepotibus præstanda sint obligati. Cæterum si distinctio illa in præsenti quæstione admittatur, admittenda quoque erit vi naturæ correlatorum in assertione ista, qua auctor parentibus in infinitum hoc beneficium tribuit, ita ut & tum distinguas, utrum, si nepos avum conveniat, pater nepotis vivat, avumque sustentare queat, an minus?

FRATRES ET SORORES] Quamvis enim his diserte hoc privilegium in LL. non tribuatur; rectissime tamen *arg. d. l. 63. pro soc.* & ex ejus interpretatione magis simplici, quam extensiva illud fratribus competit. Propter quod enim unumquodque est tale, illud secundum vulgatam regulam magis tale censetur esse: jam vero sociis beneficium hoc tribui-

buitur ob fraternitatem imaginariam, ergo multo magis fratribus propter veram (sic ni fallor supra simili argumentationis genere usi fuimus in assertione, quod cadaver humanum sit res religiosa, quia nimirum propter ejus illationem sepulchrum religiosum esse dicitur) Unde & recte Dd. idem beneficium tribuunt fratribus unilateralibus. Nicol. *Process. P. 3. c. 5. n. 7.* quia nimirum & in his major est fraternitas, quam in sociis.

SOCIUS TAM PARTICULARIS] Vid. quæ notavimus supra *ad dissert. XIV. th. 27.*

MILITES ARMATÆ MILITIÆ] Quod communiter a Dd. extenditur ad Nobiles, Comites, Barones & illustrioris nobilitatis viros, quamvis hac in parte dissentiant JCti Saxonici & Collegia, quorum præjudicia pro affirmante sententia collegit Carpzovius, pro negante Finckelthusius citati a Nicolai *d. l. n. 15. p. 45.* Utra autem opinio dissentientium non solum circa hanc quæstionem, sed & circa eas, quæ sequuntur, principiis J. C. sit convenientior, ex illius controversiæ discussione pendere videtur: utrum privilegium competentiæ plus favoris in se respectu debitoris alimentandi, quam odii respectu creditorum, quibus opponitur, contineat? [redacted] enim favor vincit, extendi idem poterit ex rationis similitudine ad personas Jure Civili expresse non determinatas, si vero odium exuperat, extensio admittenda non erit, secundum doctrinam Grotii *de J. B. & P. L. 2. c. 16. §. 10.*

NON TOGATUS NEC COELESTIS MILITIÆ] Videtur id quidem maxime convenire *d. l. 6. de re judic.* & Auctoris sententiam latius declarat Christian a Sütphen *Disp. inaug. de Jure Competentiæ Jenæ anno 1661. sub præsid. Schröteri habita p. 15. seqq.* Verum illa sententia non obstante, Dd. communiter exceptionem competentiæ tribuunt Doctoribus quarumcunque Facultatum, Magistris item, Professoribus, Advocatis, Clericis & Scholaribus, quamvis de Scholaribus post Covarruviam adhuc dubitet Manzius, & qua Doctores, ad JCtos id saltem, exclusis Medicis & Theologis, absque tamen sufficienti ratione restringet Berlich. *Vid. iterum Nicol. d. l. n. 16. p. 46.* Ergo & hic cujusque judicii observantia ponderari debet.

MARITUS] Limitationes sex quoad maritum tradit Nicol. *d. l. n. 8. p. 40. 41.*

SIVE OB ALIAM CAUSAM] Dissentienti Cujacio respondet Sutphen *d. l. p. 10.*

PATER MARITI] An hoc beneficium ad utrumque socerum, mariti scil. & uxoris, & quousque extendendum sit, dubium reddit dubitativa Pauli locutio *l. 21. ff. de re judic.* quem textum distincte exponit Sutphen *d. l. p. 11. seqq.* & ex hujus quæstionis accurata resolutione dependet decisio affinium: utrum nempe & genero ac nurui, a soceris conventis, item vitrico, novercæ ac privignis se mutuo convenientibus beneficium hoc tribuendum sit, quorum illud affirmat, privignis autem denegat Nicol. *d. l. n. 9. p. 42.* Mihi breviter sic videtur: si soceri tantum in causa dotis competentiæ beneficium opponere valent, & genero saltem in causa

dotis idem competet; nurui vero, vitrico item, novercæ ac privignis nequaquam, quia cum his personis, qua talibus, nulla lis de dote esse potest. Si vero soceri ex quacunque causa conventi privilegio isto se tuentur, vi correlatorum & genero & nurui idem indistincte tribuendum erit, & imo ex rationis similitudine vitrico, novercæ ac privignis, quia inter has personas par intercedit affinitatis gradus ac inter socerum & generum.

AD DOMINVM FEVDI] Immo & ad vasallum, quorum tamen utrumque iterum ab aliis a Nicol. *d. l. n. 11. p. 43.* citatis negatur.

XII. Habent autem istæ personæ tum demum hoc beneficium, si cavent *nuda repromissione, l. 3. C. de V. & R. signif.* actoribus, de integra solutione facienda, ubi ad meliorem fortunam pervenerint, *per. l. un. §. 7. C. de Rei uxor. act. l. 63. §. 4. pro soc. l. 47. §. ult. de petul. Auctis enim facultatibus denuo pro residuo conveniri possunt, l. 8. C. solut. matr.* Et nisi actor ipse sit pauper, cui non suppetat, unde se alat, *secundum, Dd.* Item si non conveniatur ex delicto, dolove suo. *l. 22. §. 1. l. 52. h. l. 21. §. ult. de Act. rer. amot. Aut si non conveniantur ut tales, qui hoc privilegium habent: sed ex alia causa, v. g. socius non ex causa societatis, l. 41. §. 1. h. Aut non ab iis, quorum respectu hoc privilegium habent.*

AD THES. XII.

NISI ACTOR IPSE SIT PAVPER] Ratio enim generalis beneficii competentiæ est obligatio ex officiis humanitatis, quorsum etiam spectat debitum alimentorum, proveniens. In his vero directorium obtinet regula, quod recta charitas incipiat a seipsa.

Vel nisi bonis cesserit.

XIII. Vel bonis cessit, *quod fit, si omnia bona sua, quacunque exsecutionis tempore possidet, in creditorem transferat.* Quod possunt omnes debitores, *l. 7. C. qui bon. ced. Nov. 134. Maiores & minores, dummodo hi rerum suarum administrationem habent. Unde & volunt Ecclesiam bonis cedere posse, modo ipsa non indigeat, Brunn. de cess. bonor. pr. quæst. 4. Nisi, vel in dolo fuerint. Unde non possunt Mercatores decoctores & heredes inventarium non conficientes, Brun. d. q. pr. debitor fraudulenter bona dissipans, sub spe cessionis contrahens. Vel ex delicto conveniatur, Umm. d. loc. th. 5. n. 26. Uti index dolose iudicans, Excommunicatus, bannitus.*

AD THES. XIII.

QVOD POSSVNT OMNES DEBITORES] Quinam bonis cedere possint & qui non, late exponit Nicol. *Proc. P. 3. c. 6. n. 4. 5.*

XIV.

XIV. Cedi possunt omnia bona *debitoris, gl. in l. pen. in fin. h. t. Nov. 135. pr.* Etiam peculium profectitium, *si filiusfam. bonis cedat, l. 7. C. qui bon. ced.* Solis relictis vestibus panniculari bus, *cum & damnato ad mortem relinquantur, l. 6. de bon. damn.* Instrumentis artis, *quibus victum & amictum sibi quarit. Covarr. l. 2. Res. c. 1. n. 5.* Feudo insuper usufr. & emphyteusi ecclesiastica, *cum nihil horum cessio prodesset creditori, quippe prohibitorum alienari. Exceptis harum rerum commoditatibus, fructibus ex feudo, vel emphyteusi perceptis, 2. Feud. 4. 5. vers. sed in fructibus.*

AD THES. XIV.

CEDI POSSUNT] Non solum possunt, sed & debent cedi omnia bona debitoris, si a poena carceris se liberare velit. *Vid. th. seq.*

SOLIS RELICTIS VESTIBUS] Hae nec cedi possunt, nec debent. Turpe enim esset, si creditor & his vestibus cessis nudus abire velit.

INSTRUMENTIS ARTIS) Scil. ex observantia quorundam locorum vid. Schütz. *in comp. de bon. cess. p. 453. O.* Haec autem tunc cedi possunt, sed non debent.

XV. Hoc modo, ut cedens omnia sua bona creditoribus indicet, *praestito etiam super hoc iuramento, gl. ad l. pen. h.* Et si solidum confici non possit, caveat *fideiussoribus, c. Odoardus. 3. X. de solut. l. 59. §. ult. mand. l. 4. §. 8. de fideicom. lib. Qui tamen antequam debitor ad pinguiorem fortunam venerit, convenire non possunt,* se meliorem fortunam consecutum, satisfacturum, *quantum facere potest, Menoch. l. 2. arb. iud. qq. c. 183. n. 20.* Quomodo cessio fit?

XVI. Effectus a parte cedentis, quod a poena carceris liberet, *omni corporali cruciatu, & ab excommunicatione;* evitetur infamia, *l. ult. pr. C. qui bon. ced. poss. l. 11. C. ex quib. caus. inf. irr.* Cedens fiat incapax publicorum honorum & dignitatum, *arg. l. 6. pr. de muner. & hon.* dissolvatur societas, quam cum aliis coiit, *§. 8. Inst. de societ. l. 65. §. 1. l. 4. §. 1. pro soc.* cum debitoribus suis agere non possit, *l. 17. pr. de recept.* Effectus cessionis alius est a parte cedentis.

AD THES. XVI.

EVITETUR INFAMIA] Quod non de Juris saltem, sed & facti infamia intelligo *arg. d. l. ult. pr. C. qui bon. ced. poss. l. 11. C. ex quib. caus. infam. irrog.* quamvis dissentiat cum aliis a Nicolai *d. P. 3. c. 6. n. 6. p. 66.* citatis Perez. *ad C. qui bon. ced. poss. n. 12.* per *Nov. 4. cap. ult. & Nov. 135.* ad quas tamen facilis est responsio, aliud esse injuriam, de qua loquitur *d. Nov. 4.* aliud infamiam facti, aliud *d. Nov. 135.* ignominiosam vitam, etc.

ne schimpffliche Lebens-Art/ aliud iterum facti infamiam. Ut taceam Novellam illam 135 communiter pro non authentica haberi *vid. Eckolt. ad tit. de cess. bon. §. 7.* Quod autem addit Perez, variis locorum statutis bonis cedentibus injungi, ut in locis publicis vestem ab aliis distinctam, aut pileum viridem gestent, aut campanam pulsent, lapidem aut columnam percutiant, aliumve actum ignominiosum faciant, & hic disquirendum foret, an hoc indistincte cedentibus injungatur, & annon potius decoctoribus fraudulentis, & bancorruptoribus, qui per tradita *thes. 13.* ad beneficium cessionis non admittuntur.

'*INCAPAX PUBLICORUM HONORUM*] Intellige, qui adjunctum habent onus pecuniarium, aut qui sine impensis geri non possunt *arg. d. l. 6.* In reliquis ergo aliud erit dicendum, quia nimirum cedens integram existimationem retinet.

Alius a parte creditoris.

XVII. *A parte creditoris*, quod possessio bonorum praesentium, *quibus debitor cessit*, voluntate domini *quasi per traditionem* in ipsos transfertur, *Wesenbec. par. h. n. 2.* *Iisdem* jus sit, quantum possit bonorum debitoris conquirendi, *& conficiendi inventarium bonorum, ne quid forsan in eorum detrimentum subtrahatur.* Possit constitui curator bonorum *juxta l. ult. ff. de curat. bon. dan.* (*Ne cogatur unus ex creditoribus solus bona capere, cum onere solvendi ceteris. l. 4. C. de bon. aut jud.*) *Qui ipsis, quorum interest, rationem administrationis suae reddat, non illi qui bonis cessit.* Contra cedentis debitores actiones utiles competant, *l. 2. §. 1. d. t.* Bona cessa veneant nomine creditorum, *l. 2. 5. 6. 7. h. l. 2. 4. C. qui bon. ced. poss. l. 11. C. ex quibus caus. inf. irr.* *Sub basta publica, plusque offerenti addicantur.*

Quando locus est juri separationis.

XVIII. Venditis ita bonis, concurrunt creditores vel solius debitoris, vel debitoris defuncti simul ac heredis. Hoc casu locus est juri separationis, quo creditores defuncti non *item creditores heredis L. 1. §. 2. & §. 16. h. t. quia creditores defuncti in heredem incidunt, creditores heredis heredem elegerunt, cui licuit adjiciendo sibi creditores aliorum creditorum conditionem reddere deteriorem. d. l. 1. §. 2. & §. 16. l. 1. §. 1. h. etsi ex die vel sub conditione eis debeatur. l. 4. pr. eod. Et post hos l. fin. §. 4. & §. 10. C. de jur. delib. legatarii, l. pen. pr. eod.* intra quinquennium *ab adita hereditate. d. l. 1. §. 13.* postulant *decreto praetoris d. l. 1. pr.* bona defuncti a bonis heredis separari, sibique ex illis satisfieri. Cessat hoc beneficium hereditate bona fide distracta. *l. 2. h.* *Item creditores*

Jus separationis quid?

dito-

ditoribus de integro cum herede animo novandi contrahentibus. d. l. 1. §. 10. & 11. Rebusque hereditariis substantiæ heredis mixtis *d. l. 1. §. 12. Quod si satisfactum creditoribus defuncti, id quod superest ex bonis defuncti proficit creditoribus heredis. An & dimissis heredis creditoribus superfluum hereditariis proficit? Neg. Ulpianus l. 1. §. sciendum 17. Paulus l. 5. π. eod. in qua mendum sibi reperisse visus Heraldus obs. c. 9. Affirm. Papinianus l. 3. §. ult. h. Manifesto dissentiunt inter se, & notat palam Paulus in d. l. 5. Papinianum. Sed propterea antinomia hæc non est, secundum mentem Justiniani, cum consulto dissensum reliquerit, & ita, ut auctoritate duorum Papinianum vinci innueret per l. un. C. Theodos. de resp. prud.*

Benefic. separationis quando cessat?

Nulla est antinomia inter l. 1. §. 17. l. 5. de separat. & l. 3. §. ult. Eod.

AD THES. XVIII.

JURI SEPARATIONIS] Huic juri separationis similis est illa separatio quibusdam in locis mercatoribus usitata, [redacted] mercator debitor diversas negotiationes exerceat, vel unam quidem negotiationem, sed pluribus stationibus, vel tabernis, de qua vid. Struv. *ex. 44. th. 66.*

CREDITORIS DEFUNCTI] Chirographarii nimirum nam hypothecarii separatione non habent opus vid. Struv. *d. l. th. 66.*

ET NOTAT PALAM] Unde facile corruunt conciliationes vulgares horum textuum. Nam distinctio Eckolti *ad h. t. §. 10.* inter æquitatem & jus strictum jamdudum ab accuratioribus JCtis, tanquam ad conciliationes textuum plane non apta fuit explosa. Porro quamvis dicere velis, Papiniani sententiam ad illum casum, quem ipse Ulpianus *d. l. 1. §. 17. in fin.* excipit, restringendam esse, ad quam responsionem inclinat Dn. Struv. *in resolution. ad exerc. 44. th. 64.* tamen neque hanc responsionem admittit *l. 5.* Pauli, qui cum Ulpiano procul dubio consentiens, in verbis: *quidam putant*, ut recte observat auctor, Papinianum notare, atque adeo, quod Papiniano & Ulpiano inter se nequaquam conveniat, videtur innuere.

CUM CONSULTO DISSENSUM RELIQUERIT] Omnino maxime videtur probabile Tribonianum in dispositione ff. hunc Papiniani & reliquorum JCtorum dissensum satis bene observasse & consulto reliquisse, ut adeo cum Tribonianus eisdem unum Pib titulum referens, non tamen possit simul ambas, utpote aperte contradictorias approbasse, recte se habet auctoris assertio; ex mente Triboniani, vel Justiniani hic non latere antinomiam. Verum ratio auctoris per modo dicenda non quadrat. Mihi potius videtur Tribonianus in dispositione hujus tituli initio legem quintam Pauli immediate legi tertiæ Papiniani tanquam illam contingentem subjecisse, quo pacto horum duorum textuum sententia ad evitandam antinomiam conjungenda erit, non aliter atque in simili casu sensus *l. 6 & 7. ff. de rerum divisione* conjungi a Dd. solet. Hoc facto probabile est obvenisse Triboniano *l. 4. h. t.* ex *l. 12. respons. Papiniani*

 de-

Digitized by Google

desumtam. Quam cum etiam huic titulo inserere vellet post *l. 3.* quæ & ipsa Papiniani est, locavit, & ita incautus levi incuria & Triboniano facile condonanda conjungenda iterum sejunxit.

VT AVCTORITATE DVORVM] Valeret hæc ratio, si *d. l. un. Cod. Theodos.* in Codicem suum retulisset Justinianus; jam autem cum eandem omiserit, atque adeo tacite reprobaverit, vereor an ex ea quicquam pro Justiniano possit afferri. Accedit, quod *d. l. un.* universa Papiniani, Triboniani, Ulpiani & reliquorum JCtorum scripta confirmata fuerint, Justinianus vero per Tribonianum flosculos saltem ex iisdem optimos excerpserit. Denique si cui Digesta paulo curatius percurrere libuerit, facile deprehendet Tribonianum in excerpendis & approbandis JCtorum dissentientium sententiis regulam *d. l. un.* non perpetuo observasse, sed quandoque, quod contra dictam regulam est, unius Papiniani a duobus etiam dissentientis opinionem, quandoque unius etiam alterius cujusdam JCti a Papiniano recedentis sententiam retinuisse.

Qui res proprias repetunt potiores sunt omnibus aliis nomina exigentibus. Quidam creditores omnibus aliis præferuntur.

XIX. Creditores solius debitoris vel res proprias ex quacunque causa apud debitorem existentes repetunt, & potiores sunt omnibus aliis, nomina exigentibus, *l. 38. pr. π. de pecul. l. 13. §. 1. de R. C. qualis est uxor res suas petens l. 5. C. de privil. fisc. ut sunt liberi bona propria in hereditate paterna adhuc exstantia petentes. l. assiduis 12. §. exceptis. C. qui pot. in pign. Item res commodata, deposita, &c. l. 7. §. 2. depos. l. si res 8. C. ad exhib.* Vel habent ejusmodi privilegium, quo omnibus aliis præferuntur; Ut sunt impensas funebres repetentes, *l. 45. de Relig. & sumt.* Fiscus ratione tributorum. *l. satis. notum. 4. C. In quib. caus. pig. l. 1. C. si propter publ. pens. An autem in exactionibus militaribus* Kriegs-Anlagen *idem fiscus habeat Privilegium, dissentiunt Dn. Scabini Lipsenses & Salani nostri. Illi adfirmant. Nostrates autem privilegium hic non nisi a tempore indictionis tribuunt. Quid de laudemio? Jenenses prælationem tribuunt. Iidem Lipsienses non concedunt. Dn. Carpz. Jurispr. p. 1. const. 28. def. 53. Quorum sententia ad minimum Electoris Sax. menti convenientior.*

Quidam habent privilegium prælationis cum hypotheca.

Vel habent privilegium cum hypotheca, mulier ratione dotis, *l. assiduis. 12. C. qui pot. in pig. l. un. §. 1. & seqq. C. de R. U. A. An autem gaudeat hoc privilegio mulier, si sciens obærato nubat, disputant inter se Dn. Antecessores Lips. & JCti Scabini. Illi adfirmant teste Finckelthus. obs. 80. Quorum sententiam auctoritate legislatoria roborat potentiss. Elect. Sax. decis. 6. Hi cum nostratibus negant. Dn. Carpz. 1. 28. 84.*

28. 84. & 4. Resp. 24. *Quid vero de pecunia hereditaria si debitor, usuras inde accipiendo, in mutuum eam converterit, an praefertur doti? Affirmant iterum JCti Academiae Lips. Negantibus Dn. Scabinis. Magnif. Carpz. 4. Resp. 16. Quibus cum convenit & Scabinatui nostro. Et confirmat Elector Sax. decis. 7. Excepto casu, debitoris in mora existentis. Quid porro, si statuto caveatur,* daß der Unmündigen Forderung allen Gläubigern fürgehen soll, *an praejudicabitur praelationi dotis: Negant JCti Scabinatus Lips. teste Dn. Carpz. p. 1. decis. 3. Quorum sententiam probavit, sereniss. Elect. Sax. decis. 5. dissentientibus Dn. Antecessoribus ibid.* Post eam fiscus in contractibus *jure tacita hypotheca. Vid. disp. XXII. p. 290. Qua non praefertur anterioribus hypothecariis, nisi in bonis post quaesitis. l. si is qui mihi. 28. ff. de Jure fisc.* Inde qui ad refectionem & conservationem rei crediderunt. *l. 5. & 6. ff. Qui pot. in pig. l. 1. In quib. caus. pig. vel hypot. Hi vero, qui ad emendum mutuati sunt, tum demum praeferuntur hypothecariis aliis, si & de hypotheca sibi prospexere. l. quamvis. 17. C. de pig. l. licet iisdem. l. 7. C. qui pot. in pig. Dn. Carpz. d. l. def. 170.* Vel sola hypotheca nituntur, *tam expressa, quam tacita, & sive legali, sive conventionali, sive praetoria, ubi qui prior tempore, potior jure. l. qui generaliter. 2. l. creditor. 3. l. potior. 11. pr. ff. Qui pot. in pig.* Vel denique privilegium habent mere personale, quo solis nudis chirographariis anteferuntur, *ut depositarius in rei depositae aestimatione; debitum alimentorum; qui mutuum gratuitum dederunt; venditor ratione residui pretii; carens hypotheca, &c. Vide Dn. Carpz. d. l. Et igitur quae ratio in sorte est praelationis, eadem & in usuris exigendis. l. Lucius Titius. 18. π. Qui pot. in pig. l. si plures 9. §. ult. ff. de pact. Dn. Carpz. d. lo. def. 160. At in foro Saxonico, nisi omnibus creditoribus in sorte dimissis, usurae non veniunt. Id. def. 161. Disputant tamen de usuris Ecclesiae, Hospitalibus & piis aliis locis, an non, ratione usurarum his debitarum, praeferenda aliis creditoribus, itemque de usuris pupillaribus JCti Antecessores, & Scabini inter se. Affirmativam tenent isti. Dn. Carpz. def. 171. & 4. Resp. 46. Item def. 172. & Resp. 45. Quod placuit Dn. Electori Sax. decis. 8. & 9. Ita & in feudo oppignorato creditorem in usuris prae-*

Quidam sola hypotheca nituntur.

Quidam privilegium mere personale habent.

præferunt iidem Carp. def. 162. & 4. R. 43. Contra illi Berlich. p. 1. concl. 66. n. 14.

AD THES. XIX.

CREDITORES SOLIUS DEBITORIS] Quæ hic Auctor de ordine & prælatione creditorum inter se tradit, ea concordant fere cum ordinat. Proc. *tit. 41. seqq. item cum Part. 1. const. 28.*

VEL RES PROPRIA] Spectant hi ad primam classem juris Saxon. Vid. Ord. Proc. *tit. 41. in princ.*

VEL HABENT EJUSMODI] Hos cum iis, qui proprias res vindicant, in unam classem collocat jus Saxonicum *d. tit. 41. §. 3. seqq.*

IMPENSAS FUNEBRES] Ord. Proc. *d. t. 41. §.* ferner soll auch &c. Ad hanc classem primam spectant etiam venditor in re vendita ratione residui pretii, si statim ante traditionem jus hypothecæ, vel dominium in casum non factæ solutionis sibi reservaverit, Creditores item qui ante venditionem ædium hypothecam a venditore acquisiverant, Famuli ratione mercedis, creditores legatorum ad pias causas, & denique creditores pecuniæ hæreditariæ. Ord. Proc. *d. t. 41.*

FISCUS RATIONE TRIBUTORUM] Ord. Proc. *d. tit. 41. §.* Ferner sollen auch &c.

IN EXACTIONIBUS MILITARIBUS] Quæstio generalis est, an fiscus privilegio prælationis gaudeat etiam in collectis extraordinariis, quorsum spectant exactiones militares, an vero istud privilegium saltem ad tributa ordinaria restringi debeat, quæque perpetuam causam habeat? Prius affirmant Domini Scabini Lipsienses, quorum sententiam defendit Carpzovius *P. 1. Const. XXVIII, def. 48. 49. & 50. & lib. 4. Resp. 77.* Posterius defendunt JCti Salani, cum quibus facit Berlich. *P. 1. concl. 64, n. 107.* & horum opinionem defendere Carpzoviique rationes destruere aggressus est Richter. *P. 1. dec. XXXV.* & de Privil. Credit. *c. 2. membr. 5. n. 31. seqq. p. 176. -- 187.* Quamvis autem Richterus *d. l. de Privil. Cred. p. 184. seqq.* post alias rationes, quas pro more, prolixo verborum apparatu contra Carpzovium stringit, easque jam singulas distincte excutere non vacat, in subsidium etiam vocet præjudicia Dnn. Wittebergensium, Helmstadiensium, Cancellariæ item Hallensis & Scabinorum Hallensium, tamen his non obstantibus Scabinorum Lipsiensium sententia verior videtur. Nititur enim ea non solum generalitate verborum, quam potissimum Carpzovius urget, sed & maxime obligatione naturali privatorum erga rempubl. cujus utilitas uti semper quoties cum privatorum utilitate concurrit, potior esse debet; ita huc præprimis spectare videtur regula generalis, quam Grotius *l. 1. c. 1. §. 6.* conferendo inter se jus vulgare & eminens inter alia tradit, *ratione crediti Reip. quemque ad usus publicos magis obligari, quam creditori*, ubi per τὸ *magis obligari* non intelligendus major obligationis gradus, sed prioritas ordinis. *Vid. Henniges ad d. l. Grot. p. 67. 68.* Hæc enim ratio est prælationis in collectis ordinariis. Etsi itaque non negem esse diffe-

rentias quasdam inter onera ordinaria & extraordinaria, quoniam tamen & hæc in utilitatem publicam, & pro salute communi impenduntur & indicantur, causa non est, ut cum Jenensibus verba Juris civilis & Saxonici generalia generali quoque ac communi ratione subnixa restringamus. Atque hanc ob causam non solum in ordinatione Magdeburgensi C. 50. membr. 1. verbis: darauff folgen der Herrschafften Raths-Gerichts- und Kirchen-Schulden/ als Krieges-Contribution, Land- und Tranck- auch andere gemeine Steuren/ und was sonsten dem Fisco oder publico gebühret (vid. Richter. *de Privil. Creditorum d. l. p. 95. 96.*) sententia nostra expresse approbata est, sed etiam Serenissimus Princeps Frid. VVilhelm. Dux Saxon. Jenensibus Anno 1647 (vid. Richt. *d. l. p. 186*) rescripsit, ut in casibus in territorio Altenburgensi obvenientibus secundum eam judicent. Atque hinc forte & Dn. Struvius, strenuus alias JCtorum Jenensium defensor *exerc. XLIV. th. 47. n. 4.* ubi hunc JCtorum dissensum recenset, epicrisi abstinet. Distingvit equidem Schützius *in compend. ad tit. de reb. auct. jud. poss. p. m. 457.* inter Jus Saxonicum & Civile, & secundum illud quidem cum Carpzovio fiscum etiam in extraordinariis oneribus prælationis privilegio gaudere statuit, secus autem de Jure Civili esse putat per *l. 10. 17. & 37. ff. de jure fisc.* Verum si hos textus evolvas, patebit eos nequaquam de ullis tributis loqui, sed de creditis fisci ejusmodi, in quibus ipse partim ut privatus consideratur v. g. si hæres instituatur, partim de lucro captando occupatus est, uti fit in pœnis fiscalibus, quæ credita cum non immediate tendant ad usus publicos, uti tributa, inde ab illis ad hæc inferre nequaquam poteris.

JENENSES PRÆLATIONEM TRIBUUNT] Quorum etiam opinio juri magis convenire videtur per ea, quæ habet Struv. *Syntag. Jur. feud. c. 10. aph. ult. n. 3.* & Richt. *de Priv. Credit. c. 11. memb. 5. n. 11. p. 170. seqq.*

AD MINIMUM ELECTORIS] Ob ordinationem processus *tit. 41.* Ferner soll dasjenige/ *verb.* Jährliche Zinsen. vid. Carpzov. *d. l.* sed vide tamen etiam quæ ad hanc Carpzovii rationem regerit Richt. *d. l. p. 171.*

VEL HABENT PRIVILEGIUM] Quæ est secunda classis juris Saxonici. Vid. Ord. proc. *tit. 43.*

MULIER SI SCIENS OBÆRATO] Tractavit jam auctor hanc quæstionem supra *exerc. 3. th. 19.* ubi vide, quæ annotavimus.

VEL SOLA HYPOTHECA NITUNTUR] Quæ est classis tertia Juris Sax. Vid. Ord. proc. *tit. 44. 45. 46. 47. 48.*

VEL DENIQUE PRIVILEGIUM] Quæ est classis 4. Juris Sax. Ord. proc. *tit. 49.* Post hanc sequitur classis quinta & ultima Chirographariorum, quam Auctor plane omisit. Quid vero & in hac observandum sit, tradit Ord. proc. *tit. 50.* conf. Struv. *ex. 44. th. 57.*

AT IN FORO SAXONICO] Secundum nonnullos etiam de jure civili, utpote qui *d. l. 18. ff. qui potior in pign.* ad hunc casum restringunt. Vid. Struv. *exerc. 44. th. 58.*

DISPUTANT TAMEN] Plures exceptiones de prælatione usurarum tradit Struv. *d. th. 58.*

DN. ELECTOR SAXON. DECIS. 8. & 9.] Quarum illa de usuris ecclesiæ & aliis piis locis debitis, hæc de usuris pupillaribus agit.

ITA ET IN FEVDO OPPIGNORATO AGIT] Quam sententiam Carpzovii & Dominorum Scabinorum confirmavit Serenissimus *decis. nobiss. 10.*

Tempus executionis est 4. mensium in actionibus in personam. Hi 4. menses a quo tempore numerandi? Hoc tempus an etiam conceditur in actionibus in rem?

XX. Tempus exsecutionis est quatuor mensium, *l. 2. 3. pr. & §. 1. C. de usur. rei judic. c. 15. de sentent & re judic. c. 26. de off. & pot. jud. deleg. Quorum singuli 30. diebus constant, juxta l. 11. §. 6. ad L. Jul. de adult. Auth. jubemus. C. de judiciis*, a die latæ sententiæ, *si appellatione non fuerit suspensa: sin appellatio fuerit interposita, a die confirmationis sententiæ, l. 2. de usur. rei judic. Quod si appellatio rursus deseratur, quoniam perinde est, ac si appellatum non esset, l. ult. §. 4. C. de temp. & repar. app. verisimilius est, non attenta frustratoria appellatione, adhuc, a die sententiæ latæ, menses illas numerari, Duar. ad l. 4. §. 5. h.* In actionibus personam. *In rem, non item. Quippe in his judiciis officium est, ut statim jubeat rem domino restitui, nisi possessor non possit in præsenti restituere, §. 2. Inst. de offic. jud. Sed hoc spacium quatuor mensium vel prorogari, vel coarctari potest, l. 2. 4. §. 5. l. 31. h. t. c. 25. de sent. & re jud. Tam a Magistratu, qui pro Tribunali cognoscit, l. 2. h. quam a judice dato. l. 4. §. 5. h.*

AD THES. XX.

TEMPVS EXECVTIONIS] Quid Jure Saxon. obtineat vid. apud Struv. *ex. 44. th. 19.* Adde Nicol. *in proc. P. 3. c. 8. n. 1. seqq.*

VEL PROROGARI VEL COARCTARI] Vide tamen Nicolai *d. l. n. 10. & 11. 12. p. 81. seq.*

Executionis effectus.

XXI. Effectus est, ut creditori in bonis captis pignus, *l. 15. §. 2. ff. h. t. Prætorium. l. ult. C. de prat. pignor.* quæratur; distrahendum post duos menses, *l. 31. in fin. h. sub hasta publica, l. 3. C. de Exseq. Rei judic. l. 1. C. de fid. & jur. hast. Præsenti pecunia, l. 15. §. 7. h. Non autem dominium, nisi emptor inveniri non possit, & creditor vel dominium impetraverit a Principe, l. ult. C. si in caus. judic. t. 1. C. de jure dom. impet. Jure Sax. datur annus ad reluendum. An computatione civili, an Saxonica? Hanc amplectitur Ordo JCtorum Academiæ, illam JCti Scabinatus Lipsiensis. Vide Carpz. p. 1. 32. 52. & 4. Resp. 8. Quod posterius probat Elector Sax. decis. XI. Ubi si res pluris quam debitum, creditor, quod superest, reddit: Sin minoris, ad id quod amplius actio integra, l. ult. §. 4. C. d. t. Vel*

sibi

sibi addici curaverit, ea quantitate, quæ debetur, l. 15. §. 3. ff. h. t. Ita, ut etsi pignus addictum in quantitatem debiti non sufficiat, nihil tamen amplius petere possit, sua veluti transactione exclusus, Don. lib. 27. c. 3. Exceptiones ulteriorem indaginem requirentes eam non impediant, *Dn. Carpz. Respons. 6. lib. 2. tit. 1. Qualis num sit exceptio non secutæ versionis, in utilitatem Reipub. dissensus est inter Assessores Curiæ Lipsiensis & JCtos Scabinos ibidem, vide Carpz. 2. Resp. 106. Sed Scabinorum sententia legis vigorem dedit Sereniss. Elect. Saxo, decisione 16.* Nec appellatio adversus eam regulariter locum habeat, *Vide plene Dn. Carpz. lib. 3. Resp. 127. An vero restitutio in integrum admittenda, exsecutione incoata, sed nondum finita; dissentiunt JCti Antecessores Lips. & Scabini ibidem, illi adfirmantes, negantes isti ap. Dn. Carpz. 2. Resp. 93. adprobante Dn. Electore Saxone, decisione 15.*

Adversus executionem exceptiones ulterioris indaginis opponi non possunt.

Neque ab executione appellari potest regulariter.

AD THES. XXI.

PIGNUS PRÆTORIUM]. Seu judiciale, de quo vid. Ord. Proc. *tit. 47.*

XXII. *Hactenus de judicio ordinario.* Extraordinarium judicium est, in quo, non observata judiciorum solennitate, de simplici & plano proceditur. *Quo pertinent clausulæ: Summariò, simpliciter, sine strepitu & figura judicii ordine juris non servato, velo levato & similes, de quibus Clem. Sæpe ubi gloss. & Dd. de verb. signif. de quibus Marant. de ord. jud. p. 4. §. nona distinctio. Asinius praxi judicior. §. 3. c. 31.* Causæ, *in hoc judicio tractandæ,* vel ex se & natura sua sunt tales, ut Causæ Ecclesiasticæ, *super electionibus, postulationibus, provisionibus, aliisque beneficiis Ecclesiasticis, Clement. Dispendiosam & ibi Zabarel. q. 36. de judic. item de decimis, matrimoniis, usuris.*

Judicium extraordinarium quid?

Causæ quæ extraordinariè sive summariè tractari debent vel possunt quænam?

XXIII. Item causæ rusticorum, *per tex. Novell. 80. c. 1. verb. Et perscrutari. Vide omnino Dn. Carpzov. Resp. ult. n. 10. & seqq.* Omnes eæ, quæ *non actione aliqua: sed* imploratione officii Judicis expediuntur, *quas vide copiosissime relatas apud Jacobum Schultes observat. 3. ubi salaria studiorum decreto Magistratus constituta, aut a quocunque alio, sine promissione, debita, l. 1. de var. & extr. cognit. Sequestratio, restitutio hereditatis fideicommissariæ, missio in possessionem rei servandæ causa, vel legatorum servandorum, vel ventris nomine, l. 3. §. si ea. ff. de vent. in poss. mitt. Vel damni infecti*

Scil. aliæ sunt ex se & sua natura tales.

Quæ hic recensentur.

Inter has sunt omnes eæ, quæ imploratione officii judicis expediuntur.

Quænam hæ sunt?

nomine. Petitio bonorum possessionis ex edicto Carboniano, l. 3. §. causa ff. de Carbon. ed. Causa diffamationis, Examinis testium ad perpetuam rei memoriam, Gail. 1. observat. 94. Actio ad exhibendum, d. l. 3. §. sciendum. ff. ad exhib. Causa dotis, Mynsing. cent. 3. observat. 2. Non tantum soluto matrimonio restituenda: sed & promissa mulieri præstanda. Causa momentanea possessionis, Gail. 1. obs. 7. Executionis. Gail. 1. O. 94. n. 10. Ubi quæritur, an executive agi possit ex instrumento, quod purum ac liquidum debitum non continet. Quod negant JCti Scabinatus Dn. Carpz. 4. Resp. 9. dissentiente JCtorum Acad. ordine. Num vero contra instrumentum guarentigiatum, aliæ exceptiones, præter solutionis, admittendæ? Negant Antecessores Lips. adfirmant Scabini. Quorum sententia verior & ab Electore Sax. probata, decis. 2. Vide Finckelth. Obs. 119. n. 11. Carpz. 1. 8. 17. & const. 32. def. 64. Item 2. Resp. 2. 105. 106.

AD THES. XXIII.

RESTITUTIO HÆREDITATIS FIDEICOMM.] de qua vid. Struv. *ex. 10. th. 80. seqq.*

VEL VENTRIS NOMINE] Vid. Aut. *supra differt. II. th. 38.*

DAMNI INFECTI NOMINE] Vid. Struv. *ex. 39. th. 13. seqq.*

EDICTO CARBONIANO] Vid. iterum auctorem *d. differt. 11. th. 38.*

ACTIO AD EXHIBENDUM] Vid. Struv. *ex. 15. th. 28. seqq.*

QUOD NEGANT JCTI SCABINATUS] Imo non hi, sed JCti supremi Appellationum judicii. Vid. Carpzov. *dict. Resp. 9.* Præterea non tam de quæstione ita generaliter formata, uti eam proponit Auctor, dissensus erat, sed potius de casu quodam speciali. Nimirum promiserat Titius in instrumento Cajo fidejussorio nomine solutionem debiti alicujus, & quidem de partibus metallicis, quas vulgo Kuckus vocant, faciendam. Cum vero proventus seu reditus partium metallicarum ad exolutionem non sufficerent, in parata pecunia sibi satisfaciendam, contendebat Cajus executionem petens adversus filiam Titii ex instrumento obligationis paternæ. Ubi pronunciaverant JCti Lipsienses, daß Beklagte das producirte documentum zu recognosciren/ und wenn solches geschehen/ die Zahlung zu leisten schuldig. Quam sententiam recte ex illa quidem ratione, quod præfatum instrumentum non continuerit debitum purum & liquidum, refutat Carpzov. *d. l.*

NUM VERO CONTRA INSTRUMENTUM] Vide quæ jam notavimus *not. ult. ad differtat. XXIII. th. 15.*

XXIV. Item actiones quædam, Condictio ex lege, qua procurator salarium, certa pollicitatione promissum, persequitur. Actio qua, operarum liberalium nomine, mercedes conventæ petuntur,

a fu-

à ludi literarii magistris, librariis, Notariis, l. 1. §. 6. de var. & extr. Actiones pupillorum, viduarum, *etiam locupletiorum*, & miserabilium personarum, *quales sunt debiles & valetudinarii, Gail. 1. observat. 78. n. 3.* Actiones litis levioris & vilium personarum.

AD THES. XXIV.

ETIAM LOCUPLETIORUM] Quia & hæ eo ipso, quod viduæ sunt, pro miserabilibus habentur, quo viduitatis respectu etiam privilegium istud viduis est indultum.

XXV. Vel ex accidenti, ut omnes causæ, alias ordinario processu expediendæ, si in mora sit periculum, partes consentiant, si Princeps mandet, si causa sit notoria. Quemadmodum e contrario, si partibus utrinque placeat, causæ, quæ alias tractari solent summarie, processu ordinario expediri possunt, *Vultej. JP. c. ult. Dn. Carpz. lib. 3. Respons. 31. n. 23.*

Aliæ causæ ex accidenti summarie tractantur.
Et quando.

AD THES. XXV.

SI PARTIBUS UTRINQUE] Videtur Auctor nimis extendere similitudinem, cum inter hæc duo magna sit discrepantia. Etenim actor processum sua natura ordinarium, invito reo, summarie tractare non potest. Vid. Carpzov. *P. 1. C. 1. d. 18.* At vero licet è contrario actori processum summarium tractare modo ordinario, etiam invito reo, cum hic rei nihil intersit. Processus quippe summarii inventi sunt in favorem actorum, cum reorum regulariter sit fugere. Poterit ergo actor privilegio pro se invento pro lubitu renunciare, reus vero, si ipse rem differre nolit, debitum vel fateri, vel accelerata litis contestatione negativa etiam processum pro lubitu promovere poterit. Vid. Carpz. *d. L. 3. Resp. 31. n. 23.*

XXVI. Ordo procedendi *his in judiciis*, [redacted] tantum requirit, quæ natura desiderantur ad causæ cognitionem. *Dn. Carpz. lib. 6. Resp. 122. n. 5. ut sunt: citatio, summaria quædam petitio & narratio, præstatio juramenti calumniæ, si exactum fuerit, probationes ac defensiones legitimæ, sententia, Vult. d. t. Reliqua, quæ ad solennem juris ordinem pertinent, ut libelli solennis oblatio, litis contestatio, dilationum stata intervalla, attestationum publicatio; conclusio causæ, ut sententia ex scripto ab ipso judice sedente recitetur, non requiruntur. Quantum ad processum executivum, an per probationes & reprobationes sit procedendum, an per solam recognitionem, dissensio est inter Collegium JCtorum Scabinatus, & Facultatis Juridicæ Lips. Quorum hi admittunt probationes, illi non item. Sed Sa-*

In judiciis extraordinariis summariis ea tantum observanda, quæ natura ad cognitionem alicujus causæ requiruntur.
Quænam hæc sunt?
Quænam sunt ea, quæ ad solennem juris ordinem pertinent?

Saxoniæ Elector potentiss. illorum sententiam recepit decis. 12. Vide Dn. Carpz. lib. 3. Resp. 63. Quemadmodum exceptiones dilatorias & frustratorias, testiumque multitudinem judex repudiare potest.

AD THES. XXVI.

QUANTUM AD PROCESSUM EXECUTIVUM] Qui moribus est inventus, & passim in Saxonia receptus. Vid. Carpz. *L. 4. Resp. 9. n. 1. seqq.*

DISSERTATIO XXIX. ET ULTIMA.

De Publicis Judiciis,

RESPONDENTE

ALBERTO WEGERO, Regiomont. Borusso.

APHORISMUS I.

Publica Judicia quid?

PUblica Judicia, *quæ & publicæ Leges dicuntur, l. 1. §. 1. ff. ad L. Corn. de Sicar. item publicæ quæstiones, l. 2. §. 32. ff. O. J.* sunt, quæ lege aliqua *publicorum judiciorum* de crimine notabili introducta sunt, *l. 1. de public. judic.* data cuilibet, *plerumque §. 1. Inst. h. t. Sunt enim crimina quædam publica, in quibus tantum cognati, ut adulterium, & crimen suppositi partus, l. 30. C. ad L. Jul. de adult. l. 30. §. 1. ff. ad L. Corn. de fals. admittuntur. Sunt, in quibus quibusdam accusatio denegata est, t. t. ff. de accusat. & C. de his, qui accusare non poss.* e populo, *§. 1. Instit. h. t. præcipue tamen ei, cujus interest,* potestate, crimen illud per solenne judicium persequendi. *Cujus ratio erat, quod crimina hæc vel ipsam Remp. concernerent, vel exemplo magis noxia essent in publicum, ut ita promtissime detegi, & publice, & singulorum Civium interesset, l. 3. §. 1. de fals.* * *Hæc differentia nec Jure Can. sublata, c. nullus. 11. c. 3. q. 5. & c. 1. 2. 3. c. 15. q. 3.* Sunt autem publica Crimina, quæ societatem Civilem principaliter lædunt, & Lege aliqua publica effecta sunt, *l. 1. ff. h. t. l. 3. §. ult. ff. de prævar.* Eaque vel capitalia, vel non-capitalia, §. 2. *Inst. d. t. l. 2. ff. eod.*

Quare potestas crimen publicum persequendi cuilibet concessa?

Crimina publica quid?

AD DISSERTATIONEM XXIX.

AD THES. I.

VT ADVLTERIUM] Nimirum quæritur, an ad accusationem de crimine adulterii admittantur etiam extranei i. e. qui plane nullo cognationis jure adulteram attinent? Ad quam quæstionem tripliciter responderi poterit: (1.) affirmando eam simpliciter per *l. 4. §. 1. & 2. l. 26. §. 1. ff ad l. Jul. de adult.* Et quamvis huic sententiæ graviter obstare videatur *l. 30. C. eod.* non tamen deest responsio illis, qui hanc opinionem tuentur. Vel enim distinguunt inter accusationem jure mariti, & accusationem jure extranei. Vid. Eck. *tit. ad L. Jul. de adult. §. 10.* Vel distinguendam esse dicunt accusationem constante matrimonio, ab accusatione eodem soluto. Verum harum distinctionum neutram ad *d. l. C.* quadrare cuivis eandem respicienti patet, idque distinctius deducit Ant. Matthæi *de crimin. tit. de adult. c. 4. n. 11. p. 407.* (2.) eandem simpliciter negando per *d. l. 30. C. h. t.* Et hoc modo ad *l. 4. §. 1. & 2.* ut & ad *d. 26. §. 1. ff. h. t.* posset responderi: per extraneum ibidem non eum denotari, qui cognatus non est, sed illum ex cognatis, qui pater & maritus non est, ut in materia adoptionis sub voce Extranei omnes cognati intelliguntur, qui non sunt ex linea ascendente. Cui responsioni potissimum favet *d. l. 4. §. 1. verbis: qui accusare possunt*, quibus videtur JCtus assertionem secundum ductum *l. 30. C. eod.* restringere. Sed huic explicationi repugnat præcipue generalitas *d. l. 26. §. 1.* Cui accedit, quod verba *d. l. 30.* satis ostendant, Imperatorem novi aliquid, atque jure pristino diversum ibidem voluisse constituere. Neque obstant verba *d. l. 4. §. 1. qui accusare possunt*, quibus JCtus non respicit ad eos, qui in adulterio speciatim arcentur, alias enim dixisset: *qui DE ADVLTERIO accusare possunt*, sed ad eos, qui absolute ab accusatione arcentur. Denique etsi non negemus, extraneum in dictis legibus opponi patri & marito, exinde tamen haud concludendum est, solos cognatos reliquos eo nomine venire. Quin potius uti in adoptione per extraneum intelligitur quilibet, qui non est ex linea ascendente, sive sit cognatus adoptando, sive non; ita & hoc casu per extraneum intelligitur quilibet concivis, qui non est pater, vel maritus adulteræ. Quapropter placet responsio (3.) distinguendum esse inter jus *ff. & Cod.* Illo quemvis post maritum & patrem ad accusationem fuisse admissum *d. l. 4. §. 1. & 2. d. l. 26. §. 1.* Hoc vero jus accusationis veteri jure sublato ad certas saltem personas *in d. l. 30. C. h. t.* (cui adde Matthæi *d. l. p. 406. n. 11. 12.*) fuisse restrictum. An vero hæc dispositio Codicis moribus nostris, quibus processus inquisitorius inolevit, ad aliquid profutura sit adulteræ, valde dubito, cum quotidie videamus ad extraneorum etiam personarum, quæ cognatæ non sunt, denunciationem contra delatas personas inquiri solere.

QUÆ

Digitized by Google

QVÆ SOCIETATEM CIVILEM PRINCIPALITER] Erroneum hoc esse paucis ostendi in disp. *de Phil. Jur. §. 139. seq.* conf. supra notata ad *Dissert. 19. th. 4. p. 311.*

Eaque vel capitalia vel non capitalia.

II. Capitalia, quorum pœna est mors, *vel Naturalis, quod ultimum supplicium, l. 8. ff. h. t. mortis pœna, l. 1. de bonis eorum, qui ant. sent. Sanguinis pœna, l. 18. C. de transact. vel Civilis,* damnatio in metallum, exsilium, sive deportatio, *d. §. 2. d. l. 2. ff. h. t. l. 17. de pœnit. l. 6. de interd. & relegat.* Non capitalia sunt, ex quibus præter infamiam, pecuniaria, aut in corpus coërcitio, *arg. l. 103. de V. S.* aut relegatio pœna est, *§. 2. Instit. h. t. l. 28. §. 1. & l. 7. ff. de pœnis.*

Crimen Majestatis in genere quid?

Per quosnam crimen maj. divinæ committatur.

III. Illorum gravissimum est crimen Majestatis, *divinæ quidem per blasphemos, quorum pœna capitalis, jure divino Levit. 24. vers. 13. 14. & seqq. & constitutione Justiniani, Nov. 77. c. 1. Sanctionem crim. Caroli art. 106. & variis Imperii Recessibus. An autem abscissio linguæ, quam Elector Saxoniæ part. 4. const. 1. sanxit, in provinciis Saxonicis frequentetur, diversum sentiunt Dn. Scabini Lips. Carpzov. p. 4. const. 1. def. 3. negantes, quod novissima decisione 75. confirmat Elector & JCti Academici ibidem, qui cuidam blasphemanti SS. Eucharistiam, die 19. Julii, anno 1628. hanc pœnam dictitarunt. Per hæreticos, apostatas, incantatores, Deum abjurantes. Humanæ autem,* quod in Principem, *cui competit Majestas: Non in recognoscentes superiorem, quia in his non est proprie majestas. Etiam alium, quam Romanum. * Et Pontificem quoque, respectu temporalis ἐξουσίας, Dn. Carpz. ad L. Reg. 13. 4. 18.* Vel populum, *§. 3. Inst. h. t. l. 1. §. 1. ff. ad L. Jul. Maj. id est, Rempubl. ipsam;* Committitur *etiam adfectu, §. 3. ibi: molitur. Instit. h. t. l. 5. pr. C. ad L. Jul. Maj. si modo ad actum aliquem exteriorem proruperit, arg. l. 18. de pœn. a solo subdito, Clem. Pastoralis, §. rursus. de sentent. & re judic. * Non tamen a sciente & tacente, nisi simul administer fuerit. d. l. 5. §. 6. C. ad L. Jul. Maj.*

An crim. læs. maj. a sciente & tacente committitur?

AD THES. III.

DIVINÆ QVIDEM] Esse quidem hoc delicti publici speciem, nequaquam tamen ad L. Jul. Majestatis spectare ostendit Matth. *ad L. Jul. Majest. c. 1. n. 2.*

JCTI ACADEMICI] Vid. Finckelth. *observ. pract. in append. obs. 4.*

PER HÆRETICOS] Vid. Struv. *ex. 48. th. 21.*

VEL POPVLVM] Explicare vult Auctor hoc loco mentem Ulpiani, qui

l. 1.

l. 1. §. 1. ff. h. t. majestatis crimen illud esse dicit, quod adversus *populum Romanum* vel securitatem ejus committitur. Ac illud quidem constat læsæ majestatis crimen in republ. Romana adversus populum tempore status democratici commissum fuisse. At cum ad istum statum Ulpianus, qui sub Imperatore Alexandro Severo vixit, respicere non potuerit, videri poterat ex collatione *d. l. 1. §. 1.* cum §. *3. Inst. de publ. judic.* ubi Justinianus hoc crimen adversus Imperatorem perpetrari ait, aliquid ad corroborandam sententiam Monarchomachorum, eorundemque usitatam distinctionem majestatis in realem & personalē asserri posse, si diceres, crimen majestatis & in Imparatorem, tanquam subjectum majestatis personalis & in populum Imperatori contradistinctum, tanquam subjectum majestatis realis, committi. Sed recte Auctor verba Ulpiani exponit, quod per populum intellexerit non parentes solos in sensu Monarchomachico, sed totum cœtum imperantis & parentium ad communem finem utilitatis publicæ unitum & ordinatum, uno verbo rempubl. totam, quorsum inclinat & Justinianus *d. §. 3.* crimen hoc in Imperatorem vel Rempubl. committi asserens, de cujus mente mox videbimus.

SI MODO AD ACTUM] Sed actus exteriores varii sunt, alii vitio in se carentes; alii & ipsi vitiosi. Prioris generis est confessio verbis facta de crimine hoc cogitatum fuisse, quæ an confitentem pœnæ perduellium subjiciat? quæritur. Pro negativa pugnat iterum *l. 18. ff. de pœnis*, cujus sensus & rationes videntur esse variæ. Primo quod cogitationis mente retentæ pœnam nemo patiatur ob impossibilitatem, quia nimirum judex cor hominis inspicere nequit, sed de iis saltem, quæ in sensus incurrunt, judicat. Secundo quod cogitationum etiam verbis declaratarum pœna nulla sit, sive per cogitationes intelligas primos motus absque assensu, utpote quæ in hominis potestate non sunt, atque adeo frustra per leges humanas vetarentur ac punirentur, cum impossibilium nulla sit obligatio, sive sub voce cogitationum comprehendas & illas, quibus primis istis motibus assentitur homo, atque adeo illis delictum aliquod proponentibus delectatur, & de mediis delictum exequendi cogitat. Quamvis enim non negandum sit, illas in se esse vitiosas, adeoque hominem in foro divino reatum per illas contrahere, non tamen deprehendes ullibi in legibus Romanis has cogitationes fuisse punitas. Et igitur *d. l. 18. ff. de pœnis* ad has potissimum videtur respexisse, cum de reliquis etiam ex solo dictamine rectæ rationis satis constet, neque adeo ulla lege positiva de his opus fuerit. Cum itaque *d. l. 18.* generalis sit, neque ab ea ullibi crimen majestatis exceptum legatur, inde concludimus, nec illi ex legibus Romanis pœnam deberi, qui de crimine majestatis cogitaverit, atque de modis illud exequendi deliberaverit, modo hæc cogitatio actibus externis vitiosis non fuerit continuata. Neque obstat *l. 5. pr. C. h. t. verb. cogitaverit.* Nam reliquus contextus ejusdem legis satis monstrat, Imperatorem non loqui de cogitatione nuda & simplici, sed de prægnante, & quæ ad actus externos vitiosos erupit. Quod si tamen Princeps etiam

 hujus-

hujusmodi cogitationes punire velit, uti ejusmodi exempla nonnulla recenset Limn. *in observ. ad A. B. c. 24. §. 1. obs. 6.* non peccabit, cum Princeps non solum legibus civilibus solutus sit, sed etiam, uti modo dictum, cogitationes ejusmodi, utpote quæ in potestate hominis sunt, vitiosæ sint, ac denique in crimine majestatis tanquam temp. maxime violento etiam minimus gradus supprimi ac gravibus pœnis coerceri debeat. De actibus ergo exterioribus vitium aliquod in se habentibus, v. g. si quis venenum paraverit, tametsi id principi nondum porrexerit, si quis scelestæ factioni sacramentum dederit &c. *vid. d. l. 5. pr. C. h. t.* quod illi juste puniantur, plane nullum est dubium. Monet tamen Anton. Matth. *de Crim. c. 3. de crim. læs. majest. n. 4. p. 308. seqq.* quod & in his casibus princeps reliquas circumstantias perpendere debeat, annon minæ ejusmodi contra principem ex mera jactantia, aut primis iræ motibus effusæ fuerint, ubi satius sit remittere pœnam, quam eandem exasperare, quod nonnullis exemplis ostendit.

SOLO SUBDITO] Quæ vox quamvis *h. l.* latius pateat, quam vox civis, ad advenas tamen & peregrinantes per territorium nostrum non est extendendum. Vid. Anton. Matth. *de crim. majest. c. 1. n. 7. seqq. p. 278. seqq.* ubi latius exponit, quid per subditum denotetur. Illud non interest fœmina sit an masculus. Matth. *d. l. c. 3. n. 3. p. 307.* Clericus an Laicus. Eckolt. *ad L. Jul. Majest. §. 5.*

NON TAMEN A SCIENTE ET TACENTE] Sententia Auctoris non tam ex *l. 5. §. 6. C. h. t.* probatur, quam d. lex Codicis ab Auctore per hanc limitationem explicatur. Quo pacto Auctor in castra Baldi transit, cui cum Bartolo de intellectu *d. §. 6.* gravis erat controversia. Illo enim statuente, solam scientiam ad pœnam perduellionis sufficere, Baldus contra ob hanc doctrinam animam Bartoli in inferno cruciari dixit. Proponit hanc controversiam, eamque late expendit Matthæi *de crim. læs. maj. c. 3. n. 23. p. 331. seqq.* recte concludens, nudam hujus criminis scientiam delictum quidem esse atque pœnam extraordinariam mereri argumento *l. 2. ff. ad L. Pompej. de parric.* argumento item SCti Silaniani at vero crimen læsæ majestatis aut perduellionis non esse, neque adeo solos conscios, ut perduelles, puniri debere. Cæterum cum & pœna extraordinaria pro diversitate circumstantiarum possit capitalis fieri, inde facile judicari poterit de justitia pœnæ capitalis, qua in Gallia summi Historici Thuani filius ob solam scientiam cædis Cardinali Richelio intentandæ, affectus fuit, de qua vid. Priol. *Hist. Gall. l. 1. c. 6.* Add. Limn. *ad A. B. c. 24. §. 7. obs. 4.*

Perduellio.

IV. Estque vel perduellio, hostilitas adversus Rempubl. vel Principem, *l. ult. h. t. sive ea fiat mediate, ut per Augustam, Consiliarios, l. 5. C. h. t. & hodie Electores, A. B. c. 24. sive fiat studio lædendi Principem, sive privato odio in ipsum Consiliarium, vel Electorem. Vel immediate.* Cujus pœna gladius, *d. l. 5. C. h. t.* cum

con-

confiscatione bonorum, *l. 9. l. fin. ff. l. 5. & seq. C. ad L. Jul. Maj. Quæ quidem non fit ipso jure, sed post condemnationem; Ita tamen ut administratio & alienatio ipsis sit interdicta, l. 20. ff. de accusat. l. 14. de publ. & vect. l. ult. C. ad L. Jul. Maj.* damnataque rei memoria. *d. §. 3. Inst. l. 6. l. fin. C. ad L. Jul. Maj.* & liberis infamia notatis, testamenti factione, & omni successione carentibus, *d. l. 5. sive ante, sive post commissum crimen natis.* * *Quod ad solos filios quidam restringunt, d. l. 5. §. 3. Non filias, vel nepotes, sive pater, sive mater deliquerit, d. l. 5. junct. l. 1. l. 195. de V. S. Verum hereditates, quæ filiis rebellium deferuntur, ad cognatos potius, quam ad fiscum deferendæ videntur.* Vel crimen Majestatis in specie, *quod est quodlibet factum ad Majestatis imminutionem spectans. d. l. fin. uti est privatos carceres habere, monetam cudere &c. l. 2. C. de priv. carc. l. 2. C. de fals. mon. Cujus pœna similiter est gladius, cum confiscatione bonorum.* Crimen læsæ Maj. in specie.

AD THES. IV.

ADVERSUS REMP. VEL PRINCIPEM] Justinianus §. 3. *Inst. de publ. Jud. adversus Imperatorem, vel Remp.* Quæ verba duplicem sensum admittunt. Aut enim per Imperatoris vocem respexit Justinianus ad personam majestaticam in republ. monarchica, per Reipubl. vero ad eos, qui τὸ κῦρος gerunt in Aristocratia, aut Democratia; Aut per utramque vocem animum ad statum monarchicum adduxit, ut sensus sit, crimen hoc committi in Monarchia vel adversus Imperatoris personam, vel aliis modis adversus nexum reipubl. & tranquillitatem status publici. Quot modis autem hoc contingat, vide distincte exponentem Ant. Matth. *de crim. L. M. c. 1. n. 2. seqq.* Quæ posterior explicatio menti Justiniani est convenientior, tum quia non exponit præcepta generalia resp. omnes respicientia, sed leges ad Monarchiam Romanam saltem spectantes, tum arg. *l. ult. ff. h. t.*

ET HODIE ELECTORES] In Electores, ut & in reliquos Principes Imperii crimen læsæ Majestatis committi non solum mediate, & quatenus Imperatoris persona per eos læditur, sed etiam directo & immediate, quatenus ipsi tantum possint in territorio suo, quantum Imperator in imperio, verius est, quicquid etiam dissentiant Limn. *ad A. B. C. 24. §. 1. obs. 8.* Ant. Matth. *de crim. læsæ Majest. c. 1. n. 4. p. 275.* Quamvis enim Statuum Imperii potestas non sit Majestas proprie dicta, sed, uti vocari solet, superioritas territorialis, tamen hæc territorialis superioritas ratione effectuum maxime cum Majestate convenit, cum satis sit notum, Statibus Imperii, vi hujus superioritatis, competere omnia jura majestatica in suo territorio exercenda.

SIVE PRIVATO ODIO] Sufficit enim, quod idem effectus adsit, ac æque turbetur Reipubl. Status, sive privato odio Consiliarius interficiatur, sive intentione turbandi Rempubl. Accedit, quod de intentione in sensus non incurrente judex judicare nequeat, sed potius ab effectu, qui palpari potest, ad intentionem argumentetur. Ita ut homicida punitur, qui aliquem interfecerit, etiamsi intentionem saltem leviter eundem vulnerandi habuerit, de quo infra plura dicentur.

CUJUS POENA GLADIUS] Jure Carolino hæc pœna exasperata. *Ord. Crim. art.* 124.

ET LIBERIS INFAMIA] Communis querela est de injustitia *l. 5. C. ad l. Jul. de adult.* quod in ea pœna tam gravis dictetur liberis perduellium nihil peccantibus. Ubi illud quidem certum esse arbitror morem istorum populorum, apud quos perduellium liberi capite plectuntur, etiam Romanis olim usitatum, sed postea iterum abrogatum, *Vide Limn. ad A. B. c. 24. §. 2. obs. 12. & 13.* Juri naturali plane repugnare, &, quod parenthesin, quæ est *in §. 1. d. l. 5.* concernit, *nescio*, inquit recte Grotius, *de J. B. l. 2. c. 21. §. 13. f. 2. quis Christiano Imperatori Arcadio ausus est hoc dictare, debuisse paterno perire supplicio, in quibus paterni criminis exempla metuuntur.* Rationibus vero, quæ pro moris hujus defensione afferri possunt ac solent, omnino satisfit a Dn. Pufend. *de J. N. & G. lib. 8. c. 3. §. ult.* cui adde Limn. *d. l. obs. 14. & 15.* Ant. Matth. *de crim. læs. majest. c. 3. n. 10. p. 318.* &, qui in confirmanda ejus injustitia plurima collegit Eichelium *de jure parent. & liber. Part. 2. §. 14.* Et quamvis nonnulla exempla ex sacris literis pro coloranda ejus licentia afferri soleant, respondet tamen ad eadem Grotius *d. l. §. 14.* cum quo *eadem docet*, verba sunt Limnæi *d. obs. 15. n. 1. magno verborum apparatu Johannes Eichelius d. l. §. 15. ita, ut credo, a Grotio edoctus, quamvis ejus nullam faciat mentionem.* Sed cum his Grotii responsionibus conjugendæ sunt censuræ Osiandri & Magnifici Dn. Ziegleri, quos vide *ad d. Grotii locum.* Cum autem Arcadius in *d. l. 5.* pœna capitali liberos reorum majestatis non afficiat, videntur utique rationes præcedentes, quamvis id communiter fieri soleat, non congrue ad injustitiam *d. l. 5.* demonstrandam afferri, cujus quidem verba fateor satis esse dura parumque cohærentiæ, dum speciali lenitate vitam ipsis donari glorietur Imperator, & in verbis tamen mox sequentibus velit, eorum conditionem esse talem, ut ipsis & mors sit solatium & vita supplicium. Sed cum in legem expositione non tam ad verba, quam ad sensum legis retrospicere debeamus, & producta modo verba, ut mox apparebit, figura non careant, non verebor asserere, dispositionem *d. l. 5. §. 1.* si rem ipsam species, cum dictamine rectæ rationis adeo non pugnare. Nam commune istud axioma, quod *d. l. 5. §. 1.* objici solet, quod pœna non debeat notare nisi eos, qui deliquerint, aut quocunque modo delicti reatum contraxerint, uti non inficiandum est, ita accuratiores Jurisprudentiæ naturalis Doctores idem recte explicant de pœna propriissime dicta, ejusque analogato nobilissimo, quæ nimirum consistit in positione alicujus mali, & describi solet, quod sit malum passionis

nis inflictum ob malum actionis. Jam si dispositionem *d. l. 5. §. 1.* examines, patebit eandem nihil ejusmodi imponere liberis perduellium. Imo etiamsi præfatum axioma ad illud pœnæ genus extendere velis, quod proximum a pœna propriissime dicta locum obtinet, & in privatione boni præsentis consistit (quanquam, an id recte fiat, hic inquirere nolo) tamen nec hujus vestigia in lege Arcadii apparent, sed quicquid ibi filiis reorum majestatis denegatur, consistit in denegatione boni futuri, quæ pœnæ quidem, sed secundum ductum Jurisprudentiæ naturalis impropriissime dictæ, & de qua commemorata regula omnino non agit, nomine venire solet. Initio quippe *a materna vel avita, omnium etiam proximorum hæreditate ac successione jubentur esse alieni & ex testamentis extraneorum nihil capere.* (Paternam hæreditatem omittit Imperator, quia de hac res plana est, cum eam fiscus auferat, & in eo filii pœnam sentire non possint, quia bona illa illorum futura non erant, nisi a parentibus ad ultimum spiritum essent conservata. Grot. *d. c. 21. §. 1. sect. 2.*) At per hoc non dolor aliquis corpori filiorum infligitur, aut bonum aliquod præsens aufertur, sed futurum saltem, & ad quod illi solam spem in futurum eadem adipiscendi habebant. Etsi vero Henniges *ad Grotii d. l. §. 13. p. m 923. seq.* urgeat: naturali ratione & ipsa æquitate hæc filiis deferri, ita ut nisi in pœnam vel boni publici causa excludi ab iis non possint, hic vero & pœnam & utilitatem publicam deficere, cum incertus sit metus paterni criminis in liberis & contraria exempla non desint, liberorum merita erga remp. paterna delicta excessisse; denique libertatis naturalis particulam esse, capere aliquid ex testamento alieno, quod ex facto alieno in pœnam juste auferri nequeat; tamen hæc talia sunt, ut ad eadem facilis sit responsio. Scimus hæreditatem, vel certe legitimam liberis ab adscendentibus jure quodam stricto deberi ob debitum alimentorum. An vero hoc jus liberorum perfectum etiam dicendum sit in ordine ad rempublica quæstio est. Quod si tamen & hoc concedamus, non tamen propterea hujus rei oblatio a republ. facta aut pœnæ nomine insignienda erit, aut sine jure facta dicenda est. Pœna non est, quia multi nascuntur, quibus, præter corpus, nullum patrimonium, quos propterea a natura punitos esse, nemo accurate dixerit. Deinde respubl. vi dominii eminentis, ad utilitatem publicam subditis non solum bona futura, sed & præsentia juste aufert. At, inquit Henniges, utilitas publica hic non subest, quia metus, qui affertur, est incertus. Nego consequentiam. Esto enim metum paterni criminis non adeo apodictice verum esse, est tamen probabilis, cum plura omnino exempla historiæ nobis referant perduellionis a liberis continuatæ, quam ejusdem per merita liberorum expiatæ. At probabilis metus ad exercitium eminentis dominii sufficit. Quis enim negabit v. g. suburbia ex metu probabili hostis imminentis a Principe jure destrui, item in fortificatione oppidi alicujus etiam ob metum vagum hostis cujuscunque futuri facta, bona privatorum, quæ huic fortificationi alias obfutura essent, absque injuria illis auferri? Quod vero de libertate naturali capiendi aliquid ex testamento alieno affertur, ad ea argumenta

spectat, quæ communiter contra venationem hodie subditis ablatam urgeri solent, atque adeo responsione nova non indiget, sed per ea, quæ habet Grotius *l. 2. c. 2. §. 5.* sponte cadit. Quod sequitur in *d. l. 5. §. 1. sint perpetuo egentes & pauperes*, id non novi aliquid disponere, sed priora tantum explicare videtur. Neque enim mens Arcadii est, quod liberis perduellium bona propria, si quæ jam habent, auferri debeant, sed quod si nulla possideant, ipsis omnis spes per accessionem aliorum bonorum ex testamentis quorumvis ditescendi ademta esse debeat. Atque adeo de his verbis idem esto judicium, quod de prioribus. Porro quando Arcadius dicit: *infamiam paternam liberos perduellium semper comitari debere*, illud non ita accipiendum videtur, quod infames ipsos velit esse liberos Arcadius: alias enim dixisset: *infamiam propriam eos comitari debere.* (conf. Limn. *ad A. B. c. 24. §. 1. obs. 21.*) sed illud saltem innuit: ob infamiam paternam effectus quosdam personarum infamium, scil. uti se mox explicat *quod ad nullos prorsus honores, ad nulla sacramenta pervenire debeant*, filiis perduellium communicari; quod tolerabile esse satis defendit Grotius *L. II. C. XXI. §. 16.* cui quod addam, nihil habeo. Unde corruit objectio Henniges *d. l. p. 925.* de infamia non nisi ex delicto proprio irroganda. Quod vero addit idem, injuste liberis perduellium sepulturam denegari, in eo illi assentior. Sed nec hanc denegat Arcadius, *d. l. 5. §. 1.* Dicit equidem Ulpianus *l. 1. §. 5. ff. de suis & legit. hered.* filium perduellis jus sepulchrorum non habere: verum Ulpianum jam non defendimus, alias inquirendum foret, an per hanc phrasin JCtus intelligat, filium perduellis sepeliri non debere? Quod ego statim affirmare non ausim. Denique quod subjungit Imperator *d. l. 5. §. 1. sint postremo tales, ut his perpetua egestate sordentibus sit & mors solatium & vita supplicium*, id, ut ab initio monitum, figura non caret, majoremque terrorem affert, si verba spectes, quam si rem ipsam. Nam uti recte monet Limn. *ad A. B. c. 24. §. 1. obs. 25.* hanc miseriam facile effugere poterunt filii perduellium, si in remotas se conferant regiones, vel saltem in alienum territorium: Ibi enim secundum Neronis dictum, quod artem quævis alat terra non solum egestatem & pauperiem evitare poterunt, sed & ad honores publicos aspirare, cum lex Imperatoris, qua ab honoribus arcentur, tanquam mere civilis, extra territorium nulla efficacia gaudeat, & nihil frequentius esse historiæ omnis seculi demonstrent, quam ut viri, modo alias strenui sint, sive bellica fortitudine præditi, sive gubernatione reipubl. clari, etiamsi a Principibus, quibus fidem dederant, deponantur, & haud bona cum pace dimittantur, ab aliis tamen facile iterum recipi & in pristinum dignitatis gradum, si non in majorem, evehi soleant. De justitia *d. l. 5. §. 1.* satis. An vero eadem ab ipso Arcadio in *l. 22. C. de pœn.* iterum abrogata sit? Dd. dissentiunt. Putat id cum aliis Limn. *d. l. obs. 15. n. 4.* Sed contrarium demonstrat Ant. Matthæi *de crim. læs. majest. c. 5. n. 11. p. 316.* Mores seculi quod attinet, dispositionem Arcadianam in Italia, Gallia, Hispania, & Belgio amplius non observari tradit Matthæi *d. l.* In Germania etsi in A. B. *d. c. 24.* lex Anastasii fere de verbo ad verbum sit reposita,

tica, tamen quà filios, testatur Mylerus citatus Limnæo *d. l. observ. 11.* eam hodie in praxi ex consuetudine generali non observari. Adde Schneidew. *ad §. publica. Inst. de publ. jud. n. 5.* Et notat Henniges *d. l. p. 925.* gloriosissimum Imperatorem modernum filiis perduellium suorum Hungarorum integram famam reliquisse.

NON FILIAS VEL NEPOTES] Distincta quæstio est de nepotibus, distincta de filiabus. Quod nepotes attinet, late quidem deducit Matthæi *de crim. læs. majest. c. 3. §. 16.* sub voce filiorum in *d. l. 5.* nepotes non contineri. Sed quicquid hujus sit, certum tamen est, etsi nepotes non directo illis incommodis afficiantur, quibus filii, saltem per indirectum ea incommoda ac mediantibus filiis in illos derivantur. Et si accurate procedere velimus, forte distinguendum foret inter nepotes tempore commissi delicti præsentes & qui post illud nascuntur, item inter eos, quorum pater adhuc est in vivis, & quorum pater est mortuus. Sed cum modo diximus *l. 5. C.* hodie non amplius observari, quid opus est, ut hæc distincte discutiamus? De filiabus dupliciter explicari solet *d. l. 5. §. 3. verb. tantum* uno modo, eas ex bonis matris legitimam TANTUM accipere, a successione v. reliqua, sive testamentaria, sive legitima, non arceri, altero, filiis TANTUM ex bonis matris legitimam nancisci, ex bonis vero reliquorum cognatorum, aut extraneorum, perinde ut filios, nihil, vid. Limn. ad *A. B. c. 24. §. 3. observ. 3.* quæ posterior explicatio menti Imperatoris est convenientior per ea, quæ Matthæi *d. l. n. 10. p. 317.*

QUOD EST QUODLIBET FACTUM] Quot modis committatur crimen læsæ majestatis speciale, exponit late Matth. *de læsa majestate c. 1. n. ult. p. 303. seqq.*

V. Secundum Crimen publicum est L. Julia, *ab Augusto lata, l. 1. ff. ad L. Jul. de adult.* de adulterio, qua omnis prohibitus coitus punitur, §. 4. utpote Adulterium, quod est tori alieni violatio, *& Jure Civili,* cum nupta, *quo nomine venit & sponsa, l. 13. §. 3. h. t.* tantum committitur, *l. 6. §. 1. h. t. junct. l. inter stuprum. 101. de V. S. Nisi illa se vulgo prostituat, l. 22. C. h. t. l. qua adulterium. 29. C. eod. Nec obstat. l. 13. §. 2. π. h. t. Aliud enim est, vulgarem esse mulierem, & copiam sui passim facere, aliud meretricio more vivere. An vero maritus cum uxore aliena, ab alio prius adulterata, rem habens, ordinaria, an mitiori pœna, puta fustigationis vel relegationis, plectendus; dissensere Dn. Antecessores Acad. Lips. mitiorem sciscentes, a Dn. JCtis Scabinis, ordinariam dictantibus, apud Dn. Carpz. pr. crim. p. 2. q. 57. n. 32. & seqq. Quod placuit Electori, nisi pro viro uxor intercesserit. Decis. 82.* Cujus *ipso actu perfecto, secus si affectum,* pœna, *ex ipsa L. Julia, §. 4. Inst. h. t,* gladius, *etsi subinde mi-* Adulterium quid? Explic. l. 13. §. 2. D. ad L. Jul. de adult.

tiga-

tigatam apparet, ex l. 9. 12. & aliunde C. h. t. Quemadmodum Justin. in mulieribus eam lenivit, ut virgis caesa in Monasterium truдantur, Auth. sed hodie. C. ad L. Jul. de adult. Nov. 134. c. 10.

In hoc adult. Judicio tripl. praescr. locum habet.

In hoc Judicio triplex praescriptio locum habet; Primo, 60. dierum utilium, l. 37. §. 1. ff. de min. l. 11. §. 6. l. 14. §. 2. l. 29. §. 5. l. 30. §. 1. h. t. l. 6. C. eod.

1. 60. dierum utilium.

Numerandorum a tempore divortii, l. 29. §. 5. l. 30. §. 1. h. t. l. 11. C. eod. Intra quos nemini, praeter maritum & patrem, speciali praelationis jure, accusare permittitur, d. l. 14.

Jure mariti accusare quid?

** Sine calumniae periculo, & inscriptione, l. 37. de min. l. 6. l. 30. C. h. t. Et hoc significat jure mariti accusare, ubi respicitur, non ad conditionem delicti, sed personae accusantis, l. 13. §. si quis plane. ff. de adult. * Et ita Sponsus quoque accusare potest, si sponsa adulterii tempore uxor esse potuit, l. 13. §. 8. de adult. Amittit hoc Jus maritus, qui ipse adulter.*

2. Sex mensium utilium.

Altera est sex mensium utilium, in l. 4. [redacted] 1. l. 29. §. 5. h. t. l. 1. §. 10. ad SCt. Turpill. pro accusanda adultera, non adultero, ubi maritus & pater Jus praecipuum habent inter duos menses, sive 60. dies; reliqui quatuor menses extraneis conceduntur, l. 1. §. 10. d. l. 4. §. 1. A die divortii itidem computandi, per l. 11. §. volenti. 10. h. t.

3. Quinquennii.

*Tertia est quinquennii continui, a tempore commissi delicti, l. 11. §. 4. h. t. l. 5. C. eod. intra quod accusatur adulter, d. §. 4. non tamen a muliere, l. 1. C. h. t. * quod Jure Canon. vix reperitur mutatum. Quod tempus tum demum & mulieri utile, si, post adulterium, elapsi sunt quinque anni, & a tempore divortii 60. dies, l. 29. §. 5. h. t. Ergo etiam intra quinquennium intra 60. dies Patri & marito accusatio conceditur.*

An haec praescriptio quinquennii Jure Sax. obtinet?

An vero haec quinquennii praescriptio jure quoque Saxonico obtineat, dissensus est inter Antecessores Academ. Lips. teste Finckelthaus. obs. 6. & JCtos Scabinos, qui praescriptionem agnoscunt Dn. Carpz. p. 4. const. 19. def. 13. & pract. crim. p. 1. q. 59. Consultationes Sax. lib. 1. q. 63. Et adprobat Elector Sax. decis. 84. Quod & in nostro Scabinatu servatur, etiam duplicato, ut vocatur, adulterio perpetrato, modo ne incestus cum adulterio fuerit conjunctus. Jure civili Patri licet filiam, quam in potestate habet, cum adultero, quem in ea deprehendit, domi sua, generive sui, in continenti occidere. l. 20. 21. 22. §. 3. π. ad L. Jul. de adult. Idem est de marito. l. 24. pr. π. h. t. l. 4. C. eod. Valet autem & hoc in crimine, conjugis intercessio, & remissio. Vid. Dn. Carpz. p. 2. q. 61. n. 65. Sed non ali-

aliter, quam si conjux adulter sponte crimen confessus, ut quotidie fere respondetur in nostro Collegio. Etiam in duplicato.

AD THES. V.

QUOD EST TORI ALIENI VIOLATIO] Videtur Auctor confundere duplicem adulterii acceptionem. Aliter enim adulterium concipimus hodie, aliter concipiendum secundum Jurisprudentiam civilem. Jure Romano, ut recte notat Auctor, committebatur saltem cum uxore alterius, & inde non accurate describitur, quod sit tori alieni violatio, quia & soluta cum marito alterius concumbens torum alienum violat, *L. 1. C. ad L. Jul. de Adult.* & tamen adultera non est, nec maritus adulter. Erit ergo Jure Romano adulterium violatio ejus, quæ alteri nupta est. Matth. *de adulterio c. 1. n. 3. p. 356.* Moribus autem nostris illa definitio convenientior, quibus formale adulterii consistit in violatione fidei conjugalis, interim tamen secundum mores melius forte describeretur maculatio tori proprii, quam tori alieni. Distingui enim solet adulterium hodie in simplex & duplicatum. Illud committitur vel a marito alieno cum soluta vel ab uxore aliena cum soluto. Hoc a marito alieno & uxore aliena.

JURE CIVILI CUM NUPTA] Jure Canonico & Saxonico nullum est dubium, adulterium non solum ab uxore, sed & a marito committi, & latius hoc deducit Carpzov. *Prax. Crim. P. 2. qu. 53.* At vero quod Jus civile concernit, & secundum hoc Carpzovius *d. l.* post paucos alios adulterium a marito alieno cum soluta committi propugnat; sed argumentis adeo infirmis, ut in eorundem refutatione nos detinere non habeamus opus. Textus Auctori allati satis perspicui sunt, & defendit hanc sententiam nostram latius Heigius *P. 2. q. 19.* Jus divinum quod attinet, de quo etiam Heigius & Carpzovius *dd. ll.* agunt, mihi breviter distinguendum videtur inter Jus naturale & positivum, ac quoad hoc ultimum, inter jus positivum universale universum humanum genus obligans, & particulare, seu forense, populo Judaico latum. Sententia Juris civilis non solum Juri naturali videtur esse convenientior, si modo abstrahas ab obligatione speciali mariti uni uxori facta, sed & cum Jure divino forensi maxime congruit. Semper enim in lege Mosaica adulterium in nupta committi dicitur, nunquam in soluta. Add. Seld. *de J. N. & G. juxt. disc. Hebr. l. 5. c. 1. & 2. & de ux. Hebr. l. 3. c. 11.* Quemadmodum autem alias Juri Romano cum lege Mosaica sic satisconvenit, ita & probabile est JCtos Romanos hanc de adulterio definitionem ex traditione & consortio Hebræorum hausisse, unde & Lic. Rufinus *in Collatione LL. Judaic. & Rom.* peculiarem titulum de adulterio fecit. At mores nostri magis concordant cum lege divina positiva universali in primæva conjugii institutione promulgata, quam Salvator *Matth. c. 5. v. 32. c. 19. v. 9.* & passim alibi explicat.

VENIT ET SPONSA] Hanc Juris civilis dispositionem cum divina confert Matth. *de adult. c. 1. n. 9.* Adde Brunnem. *ad l. 7. C. h. t.* Moribus tamen nostris concubitus cum alterius Sponsa pœna ordinaria non punitur.

nitur. vid. Carpzov. *P. 2. qu. 56.* Sed uterque, & Sponsa, & ejus violator fustigatione plectuntur.

ALIUD ENIM EST] Mentem Auctoris non capio, quænam sit distinctio inter mulierem, quæ copiam sui passim facit, & quæ meretricio more vivit. Aliorum varias conciliationes vid. apud Matth. *d. l. c. 1. n. 6. p. 359. seqq.* ex quibus mihi potissimum prima placet, per vulgatem mulierem *d. l. 10. ff. h. t.* intelligi eam, quæ plebeja est, & quamvis Matthæi *d. l.* adversus hanc explicationem urgeat, viles & abjectas fœminas infra legum animadversionem esse, distinguerem tamen adhuc inter plebejam, & quæ plane vilis & abjecta est. Conf. Brunnem. *ad l. 22. C. h. t.*

AN VERO MARITUS] Similis quæstio est, an maritus cum meretrice vulgari adulterium committens pœna ordinaria puniri debeat, quam etiam affirmative decidit Serenissl. *decis. 83.*

POENA EX IPSA L. JULIA] Moribus nostris alia est pœna masculi, alia fœminæ adulterantium. Masculus sive solutus sit, & rem habeat cum aliena uxore, sive conjugatus, & vel cum soluta, vel cum maritata concumbat, capite plectitur. Ea fœmina vero, quæ uxor est, itidem capitaliter punitur, sive cum marito, sive cum soluto se exerceat. At soluta cum marito alieno concumbens fustigatur.

TRIPLEX PRÆSCRIPTIO] Add. Matth. *d. l. c. 4. per. integr.*

ETIAM DUPLICATO UT VOCATUR] In quo secedunt JCti Salani a dispositione Electorali Saxonica, cum *d. Decis. 84.* Serenissl. Elector saltem velit præscriptionem quinquennii in simplici obtinere. Adde Philipp. *ad d. dec. 54. obs. 1.*

CONJUGIS INTERCESSIO] Vid. *P. 4. Const. El. 19.* Circa hanc intercessionem quæri solet: quid si uxor pro marito intercedat, sed sub hac conditione, si maritus magistratus permissu possit in pristino domicilii loco commorari, an tunc intercessio hæc conditionalis in puram resolvenda sit, ita ut maritus adulter a pœna adulterii ordinaria quidem liberetur, uxor autem non obstante conditione nihilominus marito relegando cohabitare & cum eo Electoratu emigrare cogatur? Aff. hoc Don. Scabini Lipsienses apud Carpz. *Pr. Crim. P. 2. qu. 45. n. 67. seqq.* Contrarium autem respondent JCti Lipsl. quorum opinionem defendit Finckelthusl. *App. obs. 9.* cum qua & nos facimus, eamque approbare videtur rescriptum Electorale a Finckelth. *d. l. n. ult.* adductum.

ETIAM IN DUPLICATO] In quo iterum disconveniunt JCti Salani a JCtis Electoralibus. Vid. Carpz. *d. qu. 61. n. 65.*

Stuprum quid? Consuetudo ad prostibulum Jure Romano impunita. Quænam fœminæ habenda pro prostibulo.

VI. Et stuprum, quod in viduam aut virginem, corpus non vulgantes, *puerum etiam, l. 8. §. pen. ff. quod met. ca. l. 8. pr. l. stuprum. 34. §. 1. h. t. l. 1. §. 4. ad L. Cornel. de Sicar. l. 1. §. 2. de ext. crimin. l. 29. §. ult. h. t. Ejus tamen pœna gladius, §. 4. Instit. absque violentia* committitur, *(Consuetudo enim ad prostibulum Jure Romano erat impunita. Talem vero Dd. exponunt eam, quæ admisit ultra*

tra tres viros. Sed id ex circumstantiis judici arbitrandum puto, per l. 43. ff. de R. N. & l. 22. C. ad L. Jul. de adult.) Tale crimen est etiam, si maritus uxori solutam superinducit; Quia alterius torum non violat. Secus, si uxorem alterius suæ uxori. Cujus pœna in honestioribus publicatio dimidiæ partis bonorum: In vilioribus corporis coercitio cum relegatione, §. 4. Instit. Hodie viciata aut ducenda, aut dotanda; Quod conjunctim tamen requirit jus divinum, Exod. 22. 16. Deut. 22. 29. Quod sequi jus Can. videtur, c. 1. X. de adult. Pœna stupri hodierna.

AD THES. VI.

AD STUPRUM] Quid moribus nostris observetur vid. Carpz. Pr. Crim. qu. 68. 69.

CONSUETUDO ENIM AD PROSTIBULUM] Quæ nec ipsa hodie stupri species est, sed scortatio, aut fornicatio a stupro distincta, de qua vid. Carpzov. d. l. qu. 70.

VII. Tertium est Lex Cornelia a L. Cornelio Sylla Dictatore, l. 2. §. 32. ff. de O. J. de Sicariis, quæ homicidas; quales habentur & qui occidendi hominis causa cum telo ambulant, §. 5. Inst. l. 1. pr. ff. ad L. Corn. de Sic. Qui hominem castrant, aut castrandos se præbent, l. 3. §. 4. & 5. ff. d. t. Qui falsa judicia professi sunt, ut damnaretur innocens, d. l. 1. pr. d. l. 3. §. 4. qui infantem in loca inaccessa & solitaria abjiciunt, animo eum conficiendi. Eventu enim secuto, pœna L. Corn. seu gladii locum habet. Dn. Carpz. pr. crim. p. 1. q. 10. n. 5. Schultes add. ad Col. decis. 158. Quod si in loco celebri, sine animo occidendi exponatur; morte secuta, fustigationem dictant cum perpetua relegatione Dn. Scabin. Lips. Dn. Carpz. ib. n. 11. Sed quid si vivus & incolumis reperiatur? Coler. decis. 158. a Dnn. Wittebergensibus fustigationem dictatam, anno 1549. Quod & Dan. Moll. 4. semest. 45. n. 8. Berlich. 4. 7. 36. P. Theod. coll. crim. dis. 7. th. 6. lit. H. Et Dn. Antecessoribus Lipsens. videtur Finckelthaus. obs. 86. n. 24. Dissentiunt JCti Scabini Lipsenses. Dn. Carpz. pr. crim. p. 1. q. 10. n. 15. Elector Sax. relegationis aut incarcerationis pœnam dictat sed ita, ut ad fustigationem usque, pro circumstantiarum ratione perveniri queat. decis. 78. Denique L. Cornelia homicidæ intelliguntur generaliter omnes, qui mortis causam præbent, l. 15. ff. d. t. Ut, mandans interficere, l. 7. §. fin. ff. de jurisd. l. 1. §. 1. ff. de eo, per quem fact. l. 11. pr. & §. 3. ff. de injur. Aliud est, si mandaverit vulnera- Homicidæ quinam dicuntur? Qui mortis causam præbent, etiam homicidæ esse intelliguntur.

terari, occidere autem expresse prohibuerit, ubi mandans pœna ordinaria non tenetur, cæde facta. Quia animum occidendi non habuit. Voluntarios, *qui dolo malo, & deliberato occidunt, l. pen. ad L. Corn. de Sicar. Non ergo homicidas furiosos, & infantes. l. 12. ff. d. t.* * *Quod si ante furorem, vel tempore intervalli occiderit, poterit etiam in furore puniri, l. 14. ff. de off. Præs. Non dormientes, Clem. un. de homicid. Modo ne sciverint, se solere in somniis periculosos esse aliis, quo modo non sunt sine culpa, Gail. 2. obs. 110. n. 30. Non, qui ad defensionem sui, l. 2. l. 3. ff. d. t. vel suorum cognatorum, aut quorumvis in periculo constitutorum. l. 1. §. 4. d. t. l. 8. §. fin. ff. quod met. caus. arg. l. 3. ff. de just. & jur. l. 7. in fin. ff. de furt. l. 50. l. 169. ff. de R. J. l. 45. pr. ff. ad L. Aquil. aggressorem occiderit. Modo fiat cum moderamine hæc tutela scil. in continenti, & ad injuria propulsationem, non ultionem, §. 2. Instit. de L. Aquil. l. 1. C. unde vi.* * *Paritatem autem armorum, & fugam necessariam non putamus, arg. d. l. 3. ff. de J. & J. l. 3. C. ad L. Corn. de Sicar. Quod si in hoc moderamine aliquatenus excessum est, extra ordinem punitur excessus. arg. l. 1. §. ult. ff. ad L. Corn. de Sic. d. l. 38. §. 8. ff. ad L. Jul. de adult. Quare nec ordinaria ei infligenda pœna, qui ab occiso se quodam modo offensum probat, moderamen vero excessit. Et ita Dn. Scabini Lips. nec non JCti curia Witebergensis. Dn. Carpz. 2. Resp. 87. sed contra sensit JCtorum Academia Lipsiensis ordo, teste ibid. Dn. Carpz. Ob defensionem autem famæ & honorum, illicitum homicidium. Quia per injurias, fama nemini aufertur. arg. l. 7. pr. ff. quod met.* Ultore ferro persequitur.

Qui ad defensionem sui alios occidunt, pro homicidis non habendi.

Quænam requiruntur ad justam defensionem s. tutelam?

AD THES. VII.

ET QUI OCCIDENDI HOMINIS CAUSA] Jus itaque civile in homicidio doloso proæresin præcipue respicit, nequaquam eventum. Unde quemadmodum eum pœna ordinaria punit, qui interficiendi hominis causa ambulaverit, etsi hominem non interfecerit, ita vi correlatorum verius est, eodem jure illum qui hominem interfecerit, cum non habuerit intentionem hoc faciendi, pœna L. Corneliæ ordinaria non esse plectendum. Vid. omnino Anth. Matth. *de sicariis c. 3. n. 10 14. 15.* ubi tamen non omittendæ sunt distinctiones, quas *d. n. 15.* quoad assertionem posteriorem tradit Matthæi. Moribus nostris potius & primario respectus habetur ad eventum, secundario ad intentionem, & itaque hodie qui hominem non interfecit, etsi intentionem habuerit eum interficiendi, pœna ordinaria non punitur. Carpz. *Pr. Crim. qu. 1. n. 51. seqq.* Matth. *d. l. n. 11.* Quod alte-

Digitized by Google

alterum concernit, in eo equidem inter mores & jus Romanum nulla videtur esse differentia. Quamvis enim discrimen & hic adesse alicui Carpzovium intuenti *d. l. qv. 1.* videri posset; tamen pugna ejus saltem adversus eos directa est, qui sine distinctionibus a Matthæi traditis eum, qui absque intentione occidendi interfecerat, liberari a pœna ordinaria volunt. Ipse siquidem Carpzovius *d. l.* secundum propositas a Matthæi distinctiones debet intelligi, nisi forte urgere velis casum, quem mox recenset Auctor noster, de matre infantem, qui tamen postea sit mortuus, absque intentione interficiendi in locum publicum exponente capitaliter punienda, quem vereor an cum Juris Romani principiis & sæpius memoratis distinctionibus consentiat. In priori vero juris Romanis & morum discrepantia, dispositio Juris Romani statui naturali, morum vero nostrorum observantia statui legali videtur esse accommodatior. Nam v. g. cum intentio ejus, qui occidendi hominis gratia ambulaverit, ita in sensus non incurrat, sed ex circumstantiis exterioribus dijudicanda sit, & vero Princeps operam dare debeat, ut in norma Judici præscripta omnes novarum disputationum ac litium occasiones evitentur, inde facile patet dispositionem Juris hodierni huic negotio magis aptam esse, cum secundum principia Juris Civilis circa hujus quæstionis decisionem maxima inter Dd. discordia orta sit de modo probandi intentionem homicidæ, quam refert Carpzov. *d. qv. 1. n. 24. seqq.* Hac autem non opus habet observantia hodierna. Conf. Matth. *d. l. n. 11.*

DISSENTIUNT JCTI SCABINI LIPSIENSES] Qui relegationem saltem dictarunt.

ALIUD EST, SI MANDAVERIT] Quod hanc quæstionem concernit, videas tum pro ejus affirmatione, & nimirum quod mandans hoc casu pœna ordinaria puniri debeat, tum pro negatione, & quod pœna extraordinaria puniendus sit *cap. fin. de homicid. in 6to.* afferri. Illud facit Carpzov. *Pr. Crim. qu. 1. n. 33.* hoc alii. Et fateor in allegato capitulo pro utraque sententia verba quædam probabilia reperiri. Mihi tamen placet Carpzovii expositio, quæ etiam, secus atque Auctor arbitratur, Juris Civilis principiis, *vid. Matth. de sicar. cap. 3. n. 16. p. 494.* & praxi, *vid. Carpz. P. 1. qu. 4. n. 19. seqq.* est convenientior.

ETIAM IN FURORE PUNIRI]. Dicit equidem *l. 14. ff. de off. Præs.* quod hoc casu *morbo furiosi non danda sit venia.* Sed hæc verba mihi non videntur eum intellectum habere, ac si tempore furoris puniendus sit, sed saltem, quod furor in hoc casu non debeat impunitatem comparare furioso. Vult enim Imperator ibidem, ut Scapula Tertyllus ipsum iterum consulere debeat, an furiosus puniendus sit; de tempore autem pœnæ plane nihil ibi dicitur, quin potius cum de furioso intervalla habente *d. l. 14* verba loquantur, & de eo nimirum, *qui cum posset videri sentire*, delictum commiserit, præsumendum etiam est, mentem Imperatoris esse, ut pœna tam diu differatur, donec iterum *sentire videri possit.* Denique puto hanc meam sententiam praxi esse convenientiorem, cum mores nostri de salute æterna delinquentis maxime solliciti esse soleant, de qua, si

secundum mentem Auctoris furiosus in furore puniri deberet, res foret maxime periculosa, si non plane desperata.

NON SUNT SINE CULPA] Sed an sine dolo? Ita quidem communiter pronunciandum erit, sed memini tamen apud Auctorem, nescio quem (ni fallor apud Lutherum in colloquiis commensalibus) me legisse, quod ejusmodi noctambulo in somno inimicum suum, cum quo antea summe capitales gerebat inimicitias, interfecerit, qui quidem & ipse, si recte memini, tanquam homicidii culposi reus, relegatione fuit punitus. Cogitari tamen posset, annon hoc casu antecedens odium capitale prozresin quandam, & ita homicidium dolosum eliciat?

ET FUGAM] Scilicet si per fugam non commode & abeque periculo meo periculum evadere possim. Alias enim omnino necessaria erit. *arg. §. 2. Inst. de L. Aquil.*

SED CONTRA SENSIT] Verum sententia Dnn. Scabinorum per tradita a Carpz. *d. l.* verior est.

FAMÆ ET HONORUM] Add. Grot. *L. 2. c. 1. §. 10. seqq.* Sed adde tamen & huic Commentatores *ibidem.*

Fœmina est vere homo. Partum quamvis animatum abigens, pœna homicidii ordinaria non tenetur.

VIII. Non autem interest, liber an servus, *l. 1. §. 2. h. l. 23. §. 9. ad L. Aquil. l. 3. C. eod. plebejus, an nobilis, Masculus, an fœmina qua & vere homo, l. 1. ibique Gœd. de V. S.* occidatur, *Partum vero, licet animatum, abigens, ordinaria hujus Legis pœna, jure Civili, non tenetur, l. 8. h. t. l. 4. de extraord. crimin. Secus qui poculo amatorio quem interfecit, l. 38. §. 5. de pœn. Et Titium interficere volens, Sempronium occidit. Quia huic cædi competit definitio homicidii, ex l. 1. §. 3. ff. ad L. Corn. de Sic. Et nec impetu nec casu deliquit, Ergo ex proposito, l. 11. §. pen. ff. de pœn. Nisi in percutiendo adversario probabiliter excusari posset, puta si stricto me invadentem gladio petere defendendi causa volens, interficerem alium sese interponere volentem, Gomez. 3. Resol. 3. n. 35.* Ad quem pertinet cognitio in casu homicidii in confinio commissi? * *Quod si quis in confinio occisus reperiatur, ad utrumque pertinet dominum cognitio: Aut si uni tribuenda, ei potius in cujus territorio infima parte corporis incumbit. Neque decisio hujus quæstionis a præstantia membri alicujus humani pendet.*

AD THES. VIII.

QUOD SI QUIS IN CONFINIO] Tetigit hanc quæstionem Auctor jam supra *ex. 11. th. 17.* ubi vide notata.

Venefici.

IX. Eadem L. Corn. pertinet etiam ad Veneficos, qui venenum hominis necandi causa faciunt, *l. 1. §. 1. l. 3. h. l. 1. in fin. l. 2. de parric. l. 28. §. 9. de pœn.* vel vendunt, *l. 3. h.* quorum pœna gladius est,

est, *arg. d. l. 1. & 3.* item qui Magicis artibus utuntur, *§. 5. Instit. de publ. jud. Lamia, striges, saga, Gr. φαρμακεύτριαι, φαρμακίδες. ἐμπνουσαι, μορμολύκειαι,* quorum pœna ignis est. *l. 3. C. de malef. & mathem.* **P. H. O.** *Car. V. art. 109.* * *Sive nocuerint* alicui, sive non, *modo pacti sint cum Diabolo, vid. Nov. Leonis 65. aut nefario concubitu misceantur cum Dæmone. Dn. Carpz. Pr. cr. p. 1. q. 49. n. 48. Absque quo pacto & noxa, mitius videntur puniendi.* * *Confessio autem veneficarum & sagarum, nec ad inquisitionem earum, quas indicant, nec ad torturam sufficere videtur; l. 1. §. 22. l. 16. §. 1. ff. de quæstion. Quemadmodum Sagarum per aquam frigidam probatio superstitiosa. Huc pertinet Magia μαντικὴ, quæ de quæsitis respondet & tantum non infinita est, quarum practici, si noxam fecerunt, igne,* **P. H. O.** *Car. art. 109. Innoxii, arbitrariò puniendi. Vide Peucer. de div. gen. tit. de Magia.* Sagarum probatio per aquam frigidam improbatur.

AD THES. IX.

ET TANTUM NON INFINITA] v. gr. per crystallum, speculum, cribrum &c. Add. Struv. *ex. 49. thes. 64.*

X. Eadem puniuntur incendiarii, qui dolo malo. *Nam si culpa; privatum est,* incendium excitarunt, quorum pœna ignis est, *l. 28. §. 9. ff. de pœn. Si in oppido: In pago enim levius punitur, d. l. 28. §. 12.* * *Sola autem incendii minæ eadem atrocitate non puniendæ. Incendiarium autem 14. annorum in carcere, quemadmodum & qui sylvam incenderat sine dolo, virgis cædendum & relegandum: Ut confectum senio, puta nonagenarium decollatum prius, comburendum esse judicatum Lipsiæ legimus.* Incendiarii.

AD THES. X.

IN PAGO ENIM LEVIUS] Hoc non dixerim: nam aliud est casa & villa, eine Bauer-Hütte/ ein Vorwerg (quæ scil. seorsim positæ sunt) de quibus agit *d. l. 28. §. 12.* aliud pagus. Et memini ante paucos annos incendiariam quandam, quæ pagum exusserat, igne fuisse punitam.

XI. IV. Crimen est ex L. Pompeia, *lata a Cn. Pompeio M. anno U. 781. Et si jam ante Sulla de eo legem tulerat, l. 2. §. 32. ff. de O. J.* de parricidis, qua parricidæ virgis sanguineis, *l. 9. ad L. Pomp.* cæsi & cum cane, gallo gallinaceo, vipera, & simia culeo insuti in mare projiciuntur, *l. pen. ff. d. t. Quam Constantinus, omissis solum virgis, reduxit, l. un. C. de his, qui par. vel lib. §. 6. Inst. h. t. Quæ tamen locum tantum habet inter parentes & liberos. In-* Parricidarum pœna.

ceteris cognatis pœna L. Corn. de Sic. d. §. 6. in fin. d. l. pen. §. 1. ff. ad L. Pomp. add. & casum. l. 35. de religio & sumt. Quod si mater culpa infantem in lecto opprimat, extra ordinem punienda, arg. l. 11. §. pen. ff. de pœn. c. consuluisti. q. 5.

AD THES. XI.

QVÆ TAMEN LOCVM TANTVM HABET] Adde Struv. *exerc. 49. th. 61.*

Falsum h. l. quid? XII. V. L. Corn. *lata. a Corn. Sylla. l. 2. §. 32. ff. de O. J.* de falsis, *quod est veri dolosa immutatio, l. 1. pr. l. 2. & passim, ff. & l. 30. C. ad L. Corn. de fals.* quæ omnis generis falsitates, *qua vel circa personas, ut crimen suppositi partus, l. 19. §. 1. ff. h. t. l. 1. l. 10. C. eod. Mutatio nominis in fraudem alterius facta, l. un. C. de mut. nom. & insignium, l. 13. ff. d. t. l. un. C. de mut. nom. falsum testimonium, l. 1. pr. l. 20. l. 27. ff. d. t. Imo & hac lege tenetur, etsi verum dixerit, accepta pecunia. l. 1. §. 1. & 2. ff. h. Vel circa res, si quis testimonium, vel instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subjecerit, §. 7. Inst. l. 1. 2. 16. 32. ff. h. alienas literas resignaverit, arg. d. l. 1. §. 5. monetam adulterinam cuderit, aut veram raserit, l. 8. ff. d. t. l. 1. l. 2. C. de fals. mon. pondera, mensuras falsaverit. l. pen. §. 1. ff. h. t.* punit, *modo deportatione. In cujus cum hodie successit vel relegatio vel fustigatio. Dn. Carpz. q. 93. n. 18. & 24. & bonorum publicatione in liberis, ultimo supplicio in servis, d. §. 7. Inst. h. l. 1. §. fin. & l. ult. ff. d. t. modo alia pro arbitrio. Quod si falsi quæstio in actionem civilem incidens eidem faciat præjudicium, an prius tractanda per modum inquisitionis, suspensa interim actione civile? Negant Dn. Assessores Curiæ supremæ Lips. Affirmantibus JCtis Scabinatus ibid. Videatur Dn. Carpz. 2. Resp. 50. Posterius placuit Electori Sax. decis. 88.*

In locum deportationis hodie successit relegatio vel fustigatio.

Vis publica. XIII. VI. Est L. Julia de vi, quæ vim publicam, quæ armis fit, *§. 8. Inst. h. §. 6. de interd. Quamvis & hæc vis publica sit, quæ sine armis, a persona publica, vel persona publica a privata infertur. l. 7. l. 10. pr. ff. ad L. Jul. de vi publ.* deportatione, *d. §. 8. l. 10. §. 2. h. Etsi domus oppugnata sine effractione, arg. l. 1. & seqq. t. t.* Vim vero privatam, quæ sine armis, *d. §. 8. Instit. h. d. §. 6. de interd.* trientis bonorum publicatione, cum infamia punit, *d. §. 8. d. l. 1. pr. l. ult. ad L. Jul. de vi priv. l. 2. C. eod. Violentum stu-*

Privata.

Violenti stupri pœna.

stuprum honesta fœmina per vim illatum, quod huc pertinet, l. 29. §. fin. l. 39. pr. ff. ad L. Jul. de adult. summo supplicio punitur, arg. l. 1. §. fin. ff. de extr. crim. l. 3. §. 4. ff. ad L. Iul. de vi publ. sive consenserit, sive non consenserit mulier, d. l. un. C. de rapt. Virgin. §. 2. propter dolum & malitiosam persuasionem, quæ semper intervenisse præsumitur; Etsi cum rapta nondum res fuit, arg. l. 54. C. de Episc. & Cler. junct. l. un. C. de rapt. virg. Et si virum mulier rapuerit, quia mulieres turpius delinquunt, arg. l. fin. C. de rec. arb. l. 1. §. 5. vers. sexum ff. de postul. tum quod & adjutrices fœminæ pœna capitali afficiuntur, d. l. un. §. 2. de rapt. virg.

AD THES. XIII.

SIVE CONSENSERIT] At quomodo consentire poterit fœmina in stuprum per vim illatum, de quo præcedentia verba Auctoris loquuntur? Confundit ergo Auctor raptum cum stupro violento. Quæ enim præcesserant, ad stuprum violentum pertinent, quæ jam sequuntur, ad raptum. Differunt autem stuprum violentum & raptus, quia stuprum violentum etiam absque raptu esse potest, si v. g. contingat in ædibus fœminæ stupratæ, & vice versa raptus absque stupro violento. Vid. Auct. *p. seq. verb. etsi cum rapta nondum res fuit.*

XIV. VII. Est ex L. Julia peculatus, qua ii, *Magistratus sive per se, sive per alium, l. 1. ff. ad L. Jul. pecul.* qui pecuniam, *quo nomine rem quamvis accipimus, arg. l. 2. C. de constit. pec. l. 178. ff. de V. S.* publicam, *l. 4. §. fin. ff. ad L. Jul. de pecul. Non obstante l. 87. de furt. quæ de quolibet alio, quam Magistratu accipienda.* Vel sacram, aut religiosam. *Peculatus enim & sacrilegium sub se continet, quod tam committitur, si res sacra vel religiosa ex loco itidem sacro auferatur, arg. d. l. 9. §. 1. l. 10. §. 1. ff. ad L. Jul. pec. Nam si ex loco profano res sacra, aut sacro res profana, furtum potius committitur, l. 5. ff. d. t. l. 16. §. 4. ff. de pœn. * Etsi jure Can. alterutrum sufficiat, c. si quis contumax. & c. seq. 17. q. 4.* abstulerunt, *vel interceperunt, d. l. 1.* coercentur privati, *qui pecuniam Reip. Rom. vel Cæsaris subripuerunt, interdum & pœna quadrupli, l. 6. pen. ff. ad L. Jul. pec. pœna furti, qui rem Civitatis, vel municipii, l. 81. de furt.* Magistratus autem eorumque ministri, & receptatores ultimo supplicio, *§. 9. Inst. h. l. un. C. h. t.* Sacrilegium autem capitale est, *6. at pro qualitate rerum & personarum extra ordinem punitur, l. vel L. Jul. de pec.* Peculatus. Sacrilegium.

AD THES. XIV.

NON OBST. L. 51. DE FVRT.] Alio modo & nimirum tempora diversa distinguendo respondet *Struv. ex. 49. th. 77.*

Plagium. XV. VIII. Est ex L. Flavia de plagiariis, quo plagium, *id est, liberi hominis vel servi alieni dolosa suppressio, alia, quam servi lucri faciendi, causa facta ex L. Fabia olim arbitrarie & pecuniarie, ex constitutionibus autem, pro modo delicti* capitaliter, *l. 7. C. ad L. Fab. de plag. Carpz. prax. crim. p. 1. q. 23. n. 90. qua pœna & operam atque auxilium præstantes & consortes delicti tenentur. l. pen. in f. h. t. l. 10. C. eod. Dn. Carpz. d. lo. quamvis horum supplicium a Scabinis Lipsensibus & VVitebergensibus ultra decapitationem nunquam extensum, Heig. 2. q. 32.* quandoque aliter punitur, *l. 7. l. fin. C. d. t. §. 10. Inst. h. l. fin. ff. d. t.* Sunt & Lex Julia de ambitu, qua tenentur ii, qui Pecuniam dant, ut honorem, Magistratumve in comitiis municipalibus consequantur, *l. un. §. 1. ff. ad L. Jul. de ambit. In spiritualibus dicitur Simonia.* Repetundarum, *adversus Magistratus, Judices, Adsessoresve eorum, Comites & omnes denique, qui in officio publico constituti, pecuniam acceperunt, quo aliquid magis aut minus ex officio suo facerent, l. 1. 3. 4. 5. ff. ad Jul. rep.* pœna *fisco, non parti applicanda, l. fin. ff. h. t. Nisi subditis invitis sit extorta; ubi dimidia parti redditur, arg. l. 3. C. de adsess.* est quadrupli, *l. 1. & ult. C. h. quod intra annum etiam ab heredibus exigitur, l. 2. ff. h. t. l. 2. C. h. l. fin. ff. ad L. Jul. pec.* Interdum exilium, vel etiam durior, pro admissi qualitate, *l. 7. §. fin. ff. d. t.* Lex Jul. de annona, qua tenentur, qui annonam cariorem fecere, *t. t. ff. ad L. Jul. de ann.* pœna XX. aureorum, *l. 2. §. fin. d. t.* Et extraordinaria etiam graviori, *l. 6. de extr. crim.* Et de residuis, quæ in ordinem redigit pecuniæ publicæ administratores, qui eam retinuerunt, nec in usum debitum verterunt, *nec finita administratione intra annum reliqua intulerunt. l. 2. l. 4. §. 2. & 4. l. 9. §. fin. l. 10. ff. d. Jul. pecc.* Pœna nec hodie capitalis, sed, ut convictus tertia parte amplius, quam retinuit, Reip. præstet, *d. l. 4. §. 5. ad L. Jul. pecu.*

Crimen ambitus. Repetundarum. Crimen resid.

AD THES. XV.

ALIA QVAM SERVI LVCRI FACIENDI] Hanc opinionem late examinavimus jam supra ad *dissert. 19. th. 5. p. 217. seqq.*

QVAMVIS HORVM] à & plagiariorum & auxiliatorum. Quærit enim

enim ibi Heigius de facto Kauffungiano, annon graviori pœna, quam pœna gladii notandum fuisset, quia ibi delictum plagii [redacted] diffidationis conjuncta erant.

XVI. *Hæc de criminibus* publicis. Extraordinaria *sunt partus abacti, scopelismi, Nili aggerum ruptorum, sepulcri violati, concussionis, abigeatus, prævaricationis, receptationis, furti balnearii, hereditatis expilatæ, stellionatus, termini moti, collegiorum & corporum, perjurii, expositi infantis, improbæ mendicitatis, carceris effracti, illicitæ emtionis, fœnerationis, aleæ, ebrietatis, commessationis & similium. Restat de Processu quoque dispicere. Ubi* crimen in judicium defertur; I. Accusatione, quæ est criminis & delinquentis per libellum ab accusatore subscriptum, *l. 3. pr. & §. 1. de accus. l. 8. l. pen. & ult. C. eod. qui subscriptio vel inscriptio,* apud judicem, *cui id a lege vel Principe specialiter datum. L. 12. 13. princ. de publ. jud. l. 6. 7. §. 2. de accus. l. 6. pr. l. 7. §. ult. de off. Proc.* delatio, ad vindictam & pœnam.

Processus in criminibus public. quis?

Accusatio quid?

AD THES. XVI.

PARTUS ABACTI] Vide supra *th. 8.* Adde Struv. *ex. 48. th. 79.* Matth. *de extraord. crim. c. 1. p. 180. seqq.*

SCOPELISMI] De duplici hujus delicti expositione vide Struv. *d. l. th. 81. seqq.* Add. Matth. *d. l. c. 2. p. 188. seqq.*

NILI AGGERUM RUPTORUM] Struv. *d. l. th. 86.* Matth. *d. l. c. 3. p. 194. seqq.*

SEPULCRI VIOLATI] Struv. *d. l. th. 88.* Matth. *ad tit. de sepulchro violat. p. 197. seqq.*

CONCUSSIONIS] Struv. *d. l. th. 93.* Matth. *ad tit. de Concussione p. 206. seqq.*

ABIGEATUS] Struv. *d. l. th. 95.* Matth. *ad tit. de abigeis p. 210. seq.*

PRÆVARICATIONIS] Struv. *d. l. th. 97.* Matth. *ad tit. de prævaricat. p. 214. seqq.*

RECEPTATIONIS] Struv. *th. 102.* Matth. *ad tit. de receptat. pag. 220. seqq.*

FURTI BALNEARII] Struv. *th. 106.* Matth. *ad tit. de furib. balnear. p. 223.* conf. auct. *supra dissert. 19. th. 9. ibique notata.*

HEREDITATIS EXPILATÆ] Struv. *d. l. th. 108.* Matth *ad tit. expilatæ heredit. p. 227. seqq.*

STELLIONATUS] Struv. *th. 109.* Matth. *ad tit. Stellionatus p. 233. seq.*

TERMINI MOTI] Struv. *th. 110.* Matth. *ad tit. de term. moto p. 239. seqq.*

COLLEGIORUM ET CORPORUM] Struv. *th. 111.* Matth. *ad tit. de colleg. & corpor. p. 242.*

PERJURII] Anton. Matth. *de crim. lib. 47. tit. ult. de reliquis criminibus extraordinar. c. 1. p. 246. seqq.* Vide tamen Auct. *supra ex. 15. th. 48. ibique notata.*

EXPOSITI INFANTIS] Struv. *d. l. th. 113.* Matth. *d. l. c. 2. p. 253. seqq.*
IMPROBÆ MENDICITATIS] Struv. *th. 114.* Matth. *d. l. c. 3. p. 255.*
CARCERIS EFFRACTI] Struv. *th. 107.* Matth. *d. l. c. 4. p. 257.*
ILLICITÆ EMTIONIS] Et pignorationis Matth. *d. l. c. 5. p. 260.*
FOENERATIONIS] Struv. *th. 114.* Matth. *d. l. c. 6. p. 264.*
ALEÆ] Struv. *d. th. 114. & exerc. 15. th. 53. seqq.* Matth. *d. c. 6. p. 266.*
EBRIETATIS, COMESSATIONIS] Struv. *d. th. 114.* Matth. *d. c. 6. pag. 267.*
ET SIMILIUM] Referuntur enim præterea ad extraordinaria crimina (1) sollicitatio alienarum nuptiarum (2) matrimoniorum interpellatio Struv. *th. 70.* (3) Collusulatio (4) Spurcatio aquarum Struv. *th. 77.* (5) Pæderastia (6) Interpellatio fœminæ Struv. *th. 78.* (7) Corruptio servi ut ad infamandum dominum ad statuam confugeret. (8) Dardanariatus (9) Mensuræ falsæ Struv. *th. 80.* (10) Saccularlatus (11) Directariatus (12) Instrumentorum alienorum proditio. Struv. *th. 81.* (13) Circulatoria Struv. *th. 87.* Matth. *ad tit. de extraordin. crim. c. 4. p. 295.* (14) Imperitia aut negligentia Struv. *th. 114.*

XVII. Accusare possunt, qui non prohibentur. Non possunt *ergo* mulier, pupillus, miles, *qui stipendia meret*, Magistratus, infamis, *qui duo judicia adversus duos subscripta habet, qui pecuniam ob accusandum, vel non accusandum accipit, l. qui accusare. 8. ff. h. t.* servus, quique falsum testimonium subornatus dixit, *l. alii. 9. ff. eod.* pauper, *qui minus quinquaginta aureis habet in bonis, l. nonnulli. 10. ff. eod.* Reus criminis, *l. 5. de publ. jud. l. neganda. 19. C. de his, qui acc. non poss.* Exceptis caussis, *in quibus omnes fere admittuntur*, criminis læsæ Maj. *l. famosi. 7. & l. seq. ff. ad L. J. Maj.* fraudatæ annonæ, *l. mulierem. 13. h. t.* cum quis suam suorumque injuriam persequitur, *l. 1. 2. 4. 9. ff. eod. l. 4. 5. 8. 9. 10. 12. 19. C. de iis, qui accus. non poss. Adultus minor 25. annis accusare potest, præterquam adulterii crimine, l. si maritus 15. ff. ad L. Jul. de adult.*

Quinam accusare non possint.

AD THES. XVII.

NON POSSUNT ERGO] Adde Struv. *ex. 49. th. 7.*
PRÆTERQUAM ADULTERII] Adde Matth. *ad tit. de accus. c. 1. n. 7. p. 591 seq.* Dissentit Bachov. *ad Treutl. V. 2. D. 3. th. 3 lit. f.* putans Minorem 25. annis non solum in adulterio regulariter ab accusatione arceri, sed & in aliis criminibus, quoniam nimirum rationes *d. l. 15. §. 6. ad L. Jul. de adulter.* generales sint. Sed verior videtur nihilominus Auctoris assertio tum *arg. l. 4. C. de auct. præst.* quæ generaliter loquitur, tum *arg. l. 8. ff. de accusat.* ubi JCtus refert eos, qui ob ætatem non admittuntur, & minorem tamen 25. annis non memorat. Non obstat, quod in *d. l. 8.* non fiat mentio furiosi, qui tamen & ipse procul dubio ab accusatione arcetur. Nam respondet, JCtus ibi etiam caussam, cur furiosus

non

non admittatur, omisit. At vero, cum causam, cur minorem non admitti debere Bachovius arbitratur, ætatem nimirum idem memoraverit, nulla ratio dari posset, cur JCtus minorem, si huc spectaret, omisisset. Accedit, quod furiosum specialiter memorare non erat opus, cum hic ob causam generalem, defectum scil. rationis ad omnes actus morales sit ineptus, adeoque magis ex dictamine rationis rectæ IMPEDIATVR accusare, quam ut lege civili id facere PROHIBEATVR. Voluit autem JCtus eos ibidem recensere, qui PROHIBENTVR. Ergo cum minor 25. annis non impediatur ob defectum aliquem naturalem, sed si ad accusationem non foret admittendus, id haud dubie ex prohibitione legum Romanarum esset, sane ingens & JCto non condonanda esset negligentia, si minoris fuisset oblitus. Denique quod rationes generales *d. l. 15. §. 6.* attinet, responderi poterit, non tuto hoc argumentationis genere aliquem uti, cum JCti non raro loco verarum & adæquatarum rationum afferre soleant alienas, uti exemplum hujus rei supra in quæstione: cur partus ancillæ usufructuariæ non sit in fructu? habuimus. Possent ergo forte rationes *d. l. 15. §. 6.* restringi ad minorem 17. annis, quem nec nos admittendum esse ducimus. conf. Matth. *d. l.*

XVIII. Præterea accusare non possunt, *quidam certas personas*, liberi parentes, liberti patronos, eorumve heredes, *l. qui accusare. 8. ff. h. t. l. ult. C. de iis, qui accus. non poss.* laici clericos, *nisi suam suorumve injuriam persequantur, c. de cetero. 14. X. de test. Consanguineus consanguineum suum leviori crimine accusare potest, l. si sororem 18. C. de iis qui acc. non poss. magno & capitali non potest. l. si magnum 13. C. eod.* Plures simul tamen possunt, si eorum intersit, *arg. l. 3. §. si ad plures. ff. de sep. viol. Sique ita inter eos conveniat, l. 4. C. h. t. alioqui idoneior ceteris præfertur d. l. si plures. 16. ff. eod. Quod si qui accusare cœpit cunctetur & ne judicium criminale biennio finiri possit. l. ult. de Judic. l. properandum 3. C. de Judi. quarta bonorum omnium parte mulctatur & infamia notatur. l. 1. C. Ut intra cert. temp. Si vero in totum accusatione desistat SCto Turpilliano punitur. t. ff. de SCt. Turpill. sed cessant hæ pœnæ si abolitio criminis facta sit. Vide t. t. C. de abolit. & Tit. de general. abol.*

AD THES. XVIII.

SI ABOLITIO] Adde Matth. *de crimin. l. 48. t. 19. c. 6. p. 851. seqq.*

XIX. Accusari possunt rei, utriusque sexus, cujuscunque ætatis, *modo sint doli capaces, ut puberes, l. auxilium 37. ff. de minor. Et proximi pubertati, l. pupillum. 111. pr. de V. S.* & conditionatis, *etiam servi, l. servos. 5. l. hos accusare. 12. §. pen. l. si servum. 17. ff. h. t.*

l.2. l.13. C. eod. Exceptis *Legatis & Magistratibus, l. hos accusare. 12. pr. ff. h. t.* Absentibus, *sed capitaliter, l. 6. C. eod. Mortuis, nisi majestatis reis, L. ult. C. ad L. Jul. M.* Qui annotari solent, *ut requirantur, & bona eorum describantur atque obsignentur. Cujus effectus hi sunt: I. Si annotatus compareat intra annum, & innocentiam suam purget, res suas recipiet. II. Si intra annum non compareat, res ejus fisco vindicantur. III. Si intra annum mortuus fuerit, heredes ejus recipiunt. IV. Si post annum innocentiam suam purget, res non recipiet, sed alias pœnas vitabit. V. Sive ante, sive post annum compareat, & delati criminis reus convincatur; legitimis pœnis adficietur, t. t. ff. & C. de req. reis,*

Absentes rei annotari solent.

Annotationis effectus quinam?

XX. II. Denunciatione, quæ est criminis & delinquentis apud Judicem delatio, sine inscriptione, *quod jure civili soli Irenarcha & similes personæ publicæ possunt, eorumque relationes vocantur notaria, vel elogia, vel epistola, l. 6. de cust. & exh. reor. l. 6. §. pen. ff. ad SCt. Turpill. l. 7. C. de accus. Secus Jure Canon. quo possunt omnes, quorum interest, c. 3. X. de accus. Si de calumnia jurarint, & testes criminis conscios nominarint, Damboud. c. 6. num. 10. & 11.*

Denunciatio quid?

Jure civ. crimina soli Irenarchæ & similes denunciant.

AD THES. XX.

DENUNCIATIONE] Communiter duæ statuuntur species processus criminalis, accusatorius & inquisitorius. Sed auctor videtur respexisse ad *c. 31. X. de Simonia*, ubi dicitur tribus modis procedi posse, per accusationem, denunciationem & inquisitionem. Et posses forte has duas sententias conciliare, si distinguas inter acceptionem inquisitionis latam, ut sub se comprehendat etiam eam, quæ prævia denunciatione fit, & strictam, ut denotet saltem illam, quæ fit ex officio absque prævia denunciatione. Doctores communiter latam acceptionem intendunt: Pontifex eumque secutus auctor hic strictam, *vid. th. seqq. 21.* Quicquid tamen sit melior est distinctio communis, tum, quia denunciatio est saltem actus quandoque præcedens processum inquisitorium, tum quia inquisitio, quam præcessit denunciatio, ab ea, quam hæc non præcessit, ratione processus nihil vel certe parum differt, tum denique, quia & tum, cum judex ex officio inquirit, fama publica instar denunciationis est *c. 24. X. de accusat.*

XXI. III. Inquisitione, qua judex competens, *l. 1. C. ubi de crim. agi op.* ex officio quærit, an & qui sint delinquentes. Eaque vel generalis, qua quæritur, an sint latrones vel facinorosi in territorio, *l. congruit. 13. pr. ff. de off. Præs.* Vel specialis in personam denunciatam, vel de aliquo crimine diffamatam. *Opus*

Inquisitio quid?

Est vel generalis, vel specialis.

autem est, ut crimen non leve sit: Sed magnum, ut perduellio, homicidium, & ut revera constet admissum esse. l. 3. §. pœna. ff. de Stellion. l. 1. ff. de publ. jud. l. ea quidem 7. C. de Accus. l. divus. 6. ff. de Cust. reor. l. congruit 13. ff. de Off. Præs. Nov. 128. c. 21.

Quænam requiruntur ad hoc, ut inquisitio specialis recte instituatur?

AD THES. XXI.

VEL GENERALIS] Quomodo differant inquisitio generalis & specialis inter se, [redacted] formulas elegantes judicibus [redacted] hujusmodi inquisitionibus imitandas vid. ap. Brunnem. *de processu inquisit. c. 2. 7. & 8.*

XXII. Exceptio criminalis objici potest vel judici, *qui in pari vel majori crimine*, vel accusatori, *v. g. si pecuniam ob accusandum accepit*, testibus, *si varii, falsi*, instrumentis, *l. qui falso. 16. ff. de test. l. cum precibus, 8. C. de probat. Quo facto reus plerumque non potest condemnari, novus processus instituitur contra eum, cujus crimen [redacted] objectione detectum, testesque puniri possunt.*

Exceptio criminalis.

XXIII. Reus *postquam judici innotuit*, absens, citari debet: *Etiam non subditus tribus tamen modis. I. Per nuncium, cujus citationis effectus, ut Judex procedat in bona citati, suæ jurisdictioni subjecta, non in personam: II. Per literas ad Judicem alterius territorii, in quo degit persona citanda, missas: III. Per edictum publice affixum. Jure Sax. contra reos fugitivos & contumaciter absentes, processus banni,* der Achts-Proceß, *instituitur, in causis criminalibus pœnam corporis exigentibus. Est duplex primum & secundum. Ex primo damnatus, habetur pro confesso & convicto, ut, in territorio bannientis, a quolibet apprehendi & Judici tradi possit. Ex secundo damnatus ubique locorum ultimo supplicio affici potest, fit infamis, & bona ejus publicantur. Numquid & in fuga a quolibet impune occidi possunt? Adfirm. Scabinatus Jenens. & JCti Fac. Lips. Sed negant Scabini ibid. Carpz. 6. Resp. 9. & Pr. crim. p. 3. q. 40. n. 133.* Præsens, in carcerem conjicitur, *aut militibus, apparitoribusve datur custodiendus, aut fidejussoribus se exhibituros promittentibus committitur, dato salvo conductu. Ubi quæritur, an satisdatio sit necessaria, pro salvo conductu generali? Affirmat Ordo Juridicus Lipsiensis, dissentientibus Dn. Scabinis, apud Magnif. Carpzov. 2. Resp. 85. n. 10. & seqq. & Resp. 86. 87. Quorum sententia ut verior, ita & probata ab Elect. Sax. decis. 76. Denique etiam aliter ex persona & objecti criminis qualitate custodiendus,*

Reus absens citandus.

Jur. Sax. contra absentes reos banni processus instituitur.

Bannum est duplex, primum & secundum.

Reus, si sit præsens, in carcerem conjicitur.

dus, l. 1. ff. de cust. reis. Quod si diversi sexus personæ in carcere includantur, diversis locis claudi debent. Mulieres nec in carcere trudendas constituit Nov. 134. c. 9. Inclusi moderata custodia requiritur, l. carceri. 8. ff. h. t. l. 1. C. eod. si sit confessus crimen, *l. 5. ff. h. t.* aut convictus, *l. 2. C. de exh. reor.* aut si grave crimen *quo accusatur, l. 3. pr. h. t. l. 2. C. eod.* aut servus indefensus relictus, *l. 2. pr. ff. Eod. Ex justis autem causis, rei custodia vel relaxari vel aggravari solet.*

Ex justis causis rei capti custodia relaxari vel aggravari potest.

AD THES. XXIII.

NVM QVID ET IN FVGA] Scabinatus Lipsiensis sententiam approbat Serenissimus *Decis. noviss. 77.*

AN SATISDATIO] Sub quo nomine h. l. non saltem cautio datis fidejussoribus, sed & omnis cautio intelligitur Carpzov. *d. Resp. 81.*

QVOD SI DIVERSI SEXVS PERSONÆ] Imo etiam unius sexus, præprimis si propter idem delictum incarcerentur, ne videlicet ante responsionem de illis, quæ judici ad quæsita respondere velint, colludere possint.

Purgatio quid?

XXIV. *Quodsi de crimine vel innocentia merito dubitetur; inopia probationum; potest esse locus vel purgationi, Jure Canonico, vel quæstionibus jure civili. Purgatio est de objecti criminis innocentia ostensio. Quæ neque in notoriis, neque iis, quæ probari possint, indici potest, c. pen. de purg. Can. c. ad nostram. 12. X. de probat. Estque vel Canonica, quando diffamatus jurat, se esse innocentem, & compurgatores jurant, se credere eum vere jurasse. Compurgatores autem modo plures, modo pauciores requiruntur, pro qualitate ejus, qui purgatur. Vel vulgaris, canonibus reprobata, veluti per monomachiam, ferrum candens, aquam frigidam & similes modos. Quid si impunitas promissa, ad eruendam veritatem, poteritne Reo confesso nihilominus pœna ordinaria imponi? Dissentiunt Collegia Lipsiensia. Ordo Juridicus Professorum Academicorum affirmat. Finckelth. obs. 105. Scabinatus negat. Dn. Carpzov. pr. crim. p. 3. q. 149. n. 19. cujus sententia vera. Vide decisionem Electoralem, 91.*

Purgatio est vel canonica.

vel vulgaris.

AD THES. XXIV.

VEL PVRGATIONE] Moribus nostris si indicia ad torturam sufficiant, tortura adhibetur; si non sufficiant, juramentum purgatorium reo defertur. De hoc juramento purgatorio quæsitum fuit, an illud deferendum sit ei, qui stuprum confitetur promissionem vero matrimonii a se factam esse negat? Negativam approbavit Serenissimus *Decis. noviss. 81.* ubi inde Philipp. *in observat. ibid.*

IS QVI CONTRA REVM INTERROGATVR] Quod hodie non observatur.

ATROX

ATROX ET CAPITALIS] Imo etiam corporis afflictiva minor capitali. Vid. Struv *exerc. 49. th. 90.*

EX CAUSA REPETI] Nimirum si vel nova indicia superveniant, vel reus confessionem extortam retrahere conetur. *Vid. Ord. Car. V. Crim. art. 57. Carpz. Pr. Crim. P. 3. qu. 126. n. 40. seqq.*

Quæstio quid?

XXV. Quæstio est tormentum corporis ad eruendam veritatem, *l. item apud. 15. §. quæstionem. 14. de injur. & fam. libell. ff.* Torquetur autem vel reus, *l. 1. §. si servi. & §. ult. l. unius. 18. pr. & §. 1. ff. h. t.* aut is, qui contra reum interrogatur, *ut serv. l. 1. §. 1. & pass. eod.* testis infamis, *l. ob carmen 21. §. si ea. ff. de test. & vacillans, l. ex libero. 15. pr. ff. h. t.* Non tamen, nisi sit accusatio atrox & capitalis, *nisi servus sit, qui & in civili negocio torqueri potest, si aliter veritas erui non possit, l. Divus. 9. pr. ff. h. t.* Et reus indiciis vel argumentis non levibus oneratus, *ac pene convictus; neque enim a tormentis incipiendum. l. 1. pr. & §. 1. l. maritus 20. ff. h. t. l. milites. 8. §. 1. C. eod.* Et veritas aliter haberi non possit, *l. edictum. 8. ff. h. t.* *Et ex causa repeti quoque potest quæstio, l. repeti. 16. l. unius. 18. ff. h. t.*

Quando locum habet quæstio.

Quæstio ex causa repeti potest.

Quidam torqueri non debent.

XXVI. Excipiuntur autem, *qui torqueri nunquam debent*, milites, *l. miles 8. C. h. t.* Decuriones, *l. 11. l. 16. C. h.* *Exemplum est apud Optatum Afrum lib. 1. de Ingentio. Augustin. Epist. 68. Et lib. 3. contra Crescon. c. 70. Item qui in certis causis, vel contra certas personas torqueri non debent, ut servi adversus dominos, d. l. 1. §. nec fratrem. liberti adversus patronos, d. l. 1. d. l. 6. Et generaliter nemo contra eum torqueri debet, contra quem testimonium dicere invitus non cogitur, d. l. 1. §. nec fratrem. Exceptis crimine læsæ Maj. adulterii, fraudati census, l. de minore. 10. §. 1. l. 17. pr. & §. 1. ff. eod. l. 1. C. eod.*

XXVII. Tormenta adhibentur, *non quanta accusator postulat, sed* moderata, *l. de min. 10. §. 3. ff. h. t. ut persona salva maneat: hunc modum judex arbitrabitur, l. quæstionis 7. ff. h. præterea sic debent interrogare, ne videantur responsum suggerere. E. g. quis homicidium fecerit, non an Lucius Titius fecerit, l. 1. §. qui quæstionem ff. h. t. porro* confessioni extortæ non creditur, nisi extra tormenta renovetur, *secundum receptam praxin, quam renovationem recte factam sequitur condemnatio & pœna inflictio. Vide Philostrat. in vita Apollon. Ammian. Marc. Lib. 14. & 15. Aerod. rer. judic. c. 25.*

Confessioni extortæ non creditur, nisi reus extra tormenta eam renovet.

AD THES. XXVII.

JUDEX ARBITRABITUR] Moribus nostris in singulis provinciis certa genera torquendi usitata ac per observantiam determinata sunt, quæ non

facile solent excedere carnifices. Itaque hodie gradus quidem torturæ definit judex; modum vero torquendi observantia determinat.

Pœna in genere quid?

Alia est conventionalis alia legitima.

Legitima itidem vel Civilis vel Criminalis.

Mulcta.

Bonorum ademptio.

Confiscatio.

Damnatio in opus metalli & in metallum differunt.

Omnes pœnæ criminales, sunt vel ordinariæ vel extraordinariæ.

Pœnarum Objecta quænam?

XXVIII. Pœna in genere est, omne id, quod extra rei ipsius persecutionem est. Quæ duplex, conventionalis & legalis. Conventionalis est, de qua præstanda, in contractu convenit, *si quid fiat, aut non fiat*. Legitima est, quæ delictis irrogatur, ad illa coërcenda. Estque vel civilis, *de pecunia illi, qui agit, applicanda, §. pœnales. Inst. de Act. l. omnes. 26. l. constitutionibus. 33. ff. de O. & Act.* Vel criminalis, quæ publice infligitur, *vel corporalis, vel pecuniaria. Illic pecunia fisco solvitur, quo nomine generaliter intelliguntur bona ejus, qui punitur. Et si quidem pœna in numerata pecunia consistat extra ordinem indicta, mulcta est, l. aliud fraus 131. §. 1. vers. & multa quidem. de V. S. Si universitatis bonorum, dicitur bonorum ademtio, quæ vel partis bonorum est, vel omnium, quæ confiscatio dicitur, l. sententia. C. de fidejuss. Corporalis, vel capitalis est, quæ mortem naturalem vel civilem infert. Naturalem furca, crematio, decollatio, & sub aqua suffocatio, l. capitalium. 28. de pœn. Civilem, in metallum damnatio, quæ libertatem & civitatem tollit. l. 8. §. 4. de pœn. A qua differt in opus metalli damnatio, d. l. 8. §. 4. quæ levioribus vinculis premit. Exilium seu deportatio, l. 2. §. 1. de publ. jud. l. 1. C. de fidej. Vel non capitalis, relegatio, l. 14. de int. & rel. Verbera, l. 7. ff. de pœn. Infamia, membri amputatio, l. 3. C. de ser. fugit. Nov. 134. c. 13. dignitatis ademtio, ab ordine motio, officii interdictio. l. aut damnum. 8. h. t.* Omnes hæ vel ordinariæ, quæ legibus expressæ: Vel extraordinariæ, arbitrio judicis commissæ, *l. aut facta. 16. de pœn. Pœna carceris aut vinculorum, jure civili non admittitur. d. l. aut damnum. §. solent. l. mandatis. 35. ff. h. t. l. 6. C. eod. Nisi in servis. l. servus 10. C. eod. Jure canonico etiam in liberis, c. quamvis. 3. X. h. t. lib. 5. Puniuntur autem I. Facta, ut furta, cædes. II. Dicta, ut convitia, III. Scripta, ut falsa, & famosi libelli. IV. Consilia, ut conjurationes latronum, l. aut facta. 16. pr. h. t. & parricidii conscientia. §. alia. Inst. de publ. Jud. l. 6. de parricid. Quæ vero pœnæ singulis delictis irrogentur, suis locis dictum.* In genere; *circumstantiæ diligenter attendendæ, l. aut facta. 16. §. 1. de pœn.*

AD THES. XXVIII.

DUPLEX, CONVENTIONALIS ET LEGALIS] Est hæc potius distinctio nominis, quam divisio rei; pœna enim conventionalis est pœna impropriissime dicta.

VEL CIVILIS] Quæ irrogatur ob interesse privatum & turbatam securitatem

tatem privatorum, unde descendunt & denominantur actiones poenales, quod latius deduxi *in Philos. Jur.*

QUÆ PUBLICE INFLIGITUR] i. e. ob interesse publicum.

QUO NOMINE] Intellige, nomine pecuniæ, non fisci.

JURE CIVILI NON ADMITTITUR] N. O. *l. 18. §. 7. ff. de pœn. l. 1. §. fin. de aleat.* qui textus loquuntur de damnatis in metallum, vel opus metalli. N. O. *l. 3. de custod. reorum l. 1. & 2. C. eod.* qui textus intelligendi sunt non de pœna proprie dicta, quæ consistit in positione alicujus mali, sed de pœna impropria, & quatenus per carceres saltem bonum aliquod, nimirum libertas adimitur, aut certe restringitur.

XXIX. Restat, ut de Infamia agamus, quæ *gravior damno pecuniario. l. 104. de R. I. & morti comparatur. l. Justinian. 9. pr. ff. de Manumiss. vind.* est existimationis amissio. *Existimatio autem est dignitatis illæsæ status, legibus ac moribus comprobatus. l. si furti. 8. C. ex quib. caus. inf. irrog. l. pen. §. existimatio ff. de var. & extraord. cog.* Eaque duplex; juris, quæ irrogatur I. Edicto Prætoris. *l. 1. de his qui not. inf. Ut muliebria passus, nisi vi. l. 1. §. removet. 6. de postul. Judicio publico damnatus. d. l. 1. §. 6. Qui operas suas, cum bestiis in arena pugnaturum, locavit, vel in arena se honorari passus. Miles ignominiose dimissus. l. 1. pr. ff. de his qui not. inf. Secus si causariam vel honestam missionem impetraverit, l. 2. §. ignominia. 2. h. t. l. 4. §. non omnis. De re mil. Qui artis ludicræ pronunciandive causa in scenam prodiit. l. 2. §. ult. h. t. Qui lenocinium fecit. l. 4. §. 3. h. t. l. palam. 43. §. lenas. de R. N. Calumniæ, prævaricationisve causa, in publico judicio commissa, damnatus. l. 4. §. 5. h. t. Furti, injuriarum, vi bonorum raptorum, de dolo malo damnati. l. 4. §. ult. l. 6. pr. & §. 1. h. t. Vel pretio, absque jussu prætoris, pacti. l. 6. §. 3. 4. ult. h. t. post litem scilicet contestatam. Wesenb. par. n. 5. Pro socio, tutelæ, mandati, depositi, suo nomine, non calculi ratione, sed perfidiæ causa damnati. l. 6. §. mand. 6. h. non etiam pacti. l. 7. h. Nubens intra annum luctus, etiam si is fuerit maritus, quem lugeri non oportet. l. liberorum. 11. §. 1. & 3. h. Permittens filiamf. inter dictum tempus nubere, vel eandem scienter ducens, non jussu patrisf. Quive permittit filium suum familias cum tali muliere nuptias contrahere. d. l. liberorum. §. ult. l. qui jussu. 12. & l. seqq. pr. h. Damnata calumnia, per quam in possessionem ventris missa est l. notatur. 15. cum 4. LL. seqq. Et qui passus ita est filiam suam mitti. l. non alia. 19. h.* II. Jure civili, *sepulcrorum violatores l. 1. ff. de sepulc. viol. fœneratores improbi. l. 10. C. Ex quib. caus. inf. perjuri ob causam pecuniariam lucri gratia. l. si quis major. 41. C. de transa. l. 13. §. ult. de jurejur. Meretrices. l. palam. 43. §. non solum.*

Infamia quid?

Existimatio.

Infamia juris. Quæ irrogatur, I. Edicto Prætoris.

II. Jure civili.

lum.ff.de R.N.l.pen.de his qui not. *Mulier in adulterio deprehensa, l. palam.§.pen.& ult.de R.N. Qui probibitas nuptias contrahunt.Nov. 12.c.1. Qui curationem legibus interdictam suscipit.l.4. l.licet.17. C.de excus.tut.l.3.C.de Interd.matr.intra pup. Qui curiales occultat,l.ex omnibus 31.C.de Decur.Haeretici.l.1.C.de sum.Trin. Qui contra jus supplicat.l.un.C.de SCt.l.2.C.de LL. Damnati judicio publico.l.infamem.7.ff.de publ.jud. Appellantes,Judicibus convicium facientes, l.Judici.42.de Injur. Item hi,de quibus l.a proconsulibus.19.C.de appell.l.servos.8.§.ult.C.ad L.Jul.de vi.l.Judicis.12.C. de dignit. Judex in administratione positus, qui aneas, vel argenteas, vel marmoreas statuas, citra beneficium Principis, acceperit. Is,qui eas statuas Judici posuerit. Judex,qui Eutychianistas punire neglexit.l.1.C.de stat.& imag.l.quicunque.8.in f.C.de heret. Qui ordinariam gerens dignitatem,aliquid ex delegationis titulis profligavit.l.qui ordinariam.7. C. de off.rect.prov.In qua pro VENTURÆ legendum putat VETERIS Pacius,ex MSCto. Nam singulis annis delegatio a Principe in provincias mittebatur.l.obsistere.10.C.de ann.& trib.Nov.128.c.1. Est autem delegatio,descriptio annonarum & tributorum exigendorum, & titulis fiscalibus inferendorum,erario scilicet,arca praefectoria & c.l. 4.C.de ann.& trib.l.3.& 4.C.de can.larg.tit.Suidas in verbo δελεγατιῶν. Adde,qui in l.ne quis judicium.C.de off.Rect.prov.& 2.F.57.§. callidis.l.6.§ 1.postul.& l.si quenquam 31.C.de Episc.& cler.* III.Sententia,*ubi requiritur. 1.Ne jus condemnatum notet. 2.Ut sit sententia judicis,non arbitri. 3.Ut suo nomine condemnatus sit. 4.Ut sit sententia definitiva.l.quid ergo.13.§.ex compromisso.ff.h.t.l.6.§.si quis alieno. l. Lucius.21.ff.h.t.l.verbum.17.l.interlocutio.19.C.h.t.* Et facti,quo pudor duntaxat oneratur, *sine juris infamia, oriens ex variis causis, veluti* ex interlocutione judicis *l.verbum.17.C.Ex quib.caus.* ex increpatione paterna,in testamento scripta, *l.ea qua.13.C.h.t.si quis pronuncietur videri callido commento accusationis instigator fuisse.l. ob haec verba.20.ff.Eod.& similibus.* Effectus,utriusque infamiae sunt hi: A dignitatibus repellitur: Si heres ab extraneo scriptus sit; per querelam inofficiosi testamenti, a consanguineis fratribus vel sororibus testatoris, praeteritis repellitur. *l.2.l.6.C.de dign.l.fratres.27.C.de inoff.test. In specie* infamiae juris effectus sunt; Quod *infamis* non potest esse testis, *l.3.§.pen.de testib.* Advocatus *l.1.de postul.* Procurator, *jure Canonico.c.infamis & c. seq. can.3.q.7. Secus jure civili.§. ult. Inst, de Except.* Nec accusare *l.qui accusare 8. de Accus.*

Jure civili infamia notatur, qui ex delegationis titulis aliquid profligavit.

Delegatio h.l. quid?

III. Sententia.

Quaenam requiruntur ad hoc, ut alicui per sententiam infamia irrogetur?

Infamia facti.

Effectus infamiae juris & facti quinam?

AD

AD THES. XXIX.

EXISTIMATIONIS AMISSIO] Accuratius eam describit Bachovius, quod sit status ex privatione, seu amissione existimationis ortus. Existimatio enim & fama sibi opponuntur.

EXISTIMATIO AVTEM] Consideratur autem existimatio dupliciter. vid Eckolt. *de his qui not. infam.* §. 2.

JVRIS] Quemadmodum famæ fundamentum est vita virtuosa, ita e contrario infamiæ fundamentum est omnis violata turpibus factis vitæ morumque honestas Struv. *ex. 7. th. 15.* Est ergo infamia juris, quæ oritur ex delicto legibus expresse notato.

QVI OPERAS SVAS] *l. 1. §. 6. ff. de postul. l. 2. §. 5. ff. h. t.*

IN SCENAM PRODIIT] Non qui operas suas locavit, nec prodiit *l. 3. ff. h. t.* in qua differt a locante operas suas, ut cum bestiis pugnaret, qui infamis est, etiamsi non pugnaverit *l. 1. §. 6. de postul.* In priori enim casu locatio non est delictum, sed ipsa actio, in posteriori vero etiam locatio crimen est.

MVLIER INTRA ANNVM LVCTVS] Adde Eck. *ad h. t. thes. 8.* Schütz. *in comp. ad h. t. p. 42. n. 4.*

MERETRICES] i. e. quæ corpore quæstum faciunt. Moribus nostris etiam quæ consentiens stuprum est passa Eckolt. *h. t. n. 7.* An & masculus, qui meretrice utitur? Negat Hahn. *ad VVesenb. h. t. f. 227.*

DAMNATI JVDICIO PVBLICO] Atqui h[redacted] autor jam *p. praeced.* ad eorum classem retulerat, qui ex edicto Prætoris notantur. Et poterit etiam *d. l. 7. ff. de jud. publ.* ita exponi, quod in [redacted] JCtus edictum prætoritum explicet.

SENTENTIA] Hæc causa non recte contradistinguitur præcedentibus duabus, quasi judex possit autoritate propria & absque notatione legis alicui infamiam imponere. Quin potius ita dicendum, infamiam juris semper a jure seu lege oriri. Jus autem notare factum turpe vel immediate, quorsum spectant pleraque exempla hactenus recensita, vel mediante judicis sententia quo referri debent ex præcedentibus exempla sequentia: 1. damnati judicio publico 2. Calumniæ prævaricationisve causa in publico judicio commisse damnati. 3. Furti, injuriarum, vi bonorum raptorum, de dolo malo damnati. 4. Pro socio, tutelæ, mandati, depositi, ex perfidiæ causa damnati. 5. damnatæ quod per calumniam in possessionem ventris missæ sit. Conf. Struv. *ex. 7. th. 18.*

NE JVS CONDEMNATVM NOTET] Hoc requisitum in legibus non extat, & imo analogiæ juris per modo dicta repugnat.

ET FACTI] Quamvis nonnulli urgeant, non dari infamiam facti, probari tamen ea commode potest ex *l. 13. C. h. t. l. 2 ff. de obsequ. parent. & patron. præstand. l. 27. C. de inoff. test.* Conf. Struv. *in Evol. p. 114.* Ex quibus textibus colligitur utramque infamiam a se differre (1) fundamento, quod in infamia juris est delictum expresse a lege notatum, in infamia facti delictum contra bonos mores quidem & rectam rationem, sed quod tamen jure civili notatum non fuit, (2) causa efficiente, quæ in infamia juris est lex, in infamia facti vero sunt viri cordati & honorati. (3) modo probandi. Infamia facti probatur per testes de alterius fama, ubi

plures, quam duo, requiruntur. Infamia juris probatur probata causa, ad quam probationem testes duo sufficiunt. Brunnem. *repetit. parat. VVesenb. ad h. t. qu. 36. 37.* (4) effectibus, de quibus jam dicetur.

VELUTI EX] alia exempla vide apud Eck. *h. t. §. 4.* Schütz. *in comp. h. t. p. 49.*

UTRIUSQUE INFAMIÆ] Præter hanc duplicem infamiam datur adhuc tertia ejus species non vera quidem, quia ejus fundamentum non est delictum, sed alia quædam ratio, interim tamen ratione effectuum quorundam maxime affinis & analoga, quæ dicitur levis notæ macula & fundatur præprimis in *l. 27. C. de inoff. testam.* de cujus exemplis & effectibus vide Struv. *ex. 7. th. 10.* Hahn. *ad VVesenb. h. t. f. 225.* Schütz. *in comp. h. t. p. 50.* & omnino Lauterb. *peculiari diss. de levis notæ macula.*

DIGNITATIBUS REPELLITUR] Cum hac tamen differentia, ut infamia juris etiam ab acquisitis, infamia facti vero saltem ab acquirendis repellat. Vid. Zoes. *ad Pand. h. t. n. ult.*

NON POTEST ESSE TESTIS] Laborans infamia juris ad testimonium plane non admittitur *c. 54. X. h. t.* at infamia facti fidem testimonium dicentis saltem minuit. Brunnem. *in repetit. ad h. t. qu. 40.*

SECUS JURE CIVILI] Vide tamen, quæ notavimus supra *ad dissert. 23. th. 10.*

Pœnæ interdum fit gratia, interdum tantum relaxatio, mitigatio s. mutatio.

An mitigari possit pœna, alicui delicto, lege Mosaica, dicta?

XXX. Pœnæ autem quandoque fit gratia, quandoque relaxatio seu mitigatio. Gratia, *seu impunitas*, non potest fieri, nisi ab eo, qui cum summo imperio est, *l. 7. C. de prec. Imp. off. qua talis, in familia pater, in Repub. Rex. Quia pœna est ultimum in coactione: Cogere autem nullius, nisi ἐξουσίας ὑπερεχούσης. Et hæc non habet locum in delictis jure naturali prohibitis, ex causa mera gratia; habet tamen & in his locum ex causa necessaria alia, vel honesta.* Mitigatio autem & mutatio in aliud genus levius, locum habet in quovis delicto, *etiam illo, cui species certa pœna, lege Mosaica, dicta, & ob causam etiam mera gratia. Quia, etsi pœna in genere suo causam habet naturalem, determinari tamen non potest, nisi per actum liberum voluntatis. Punibile enim esse, naturaliter quidem sequitur, ex ipsa peccati & peccatoris ad superiorem relatione: Sed punibile esse tali pœna, naturaliter necessarium non est. Unde nihil obstat, quo minus hæc pœna sit relaxabilis. Quare & ob artificium l. ad bestias 31. de pœn. vel matrimonium, vel pœnitentiam, mutari potest. Cæterum in quæstione, utrum fustigatio & relegatio a magistratu inferiore, merum imperium habente, in pœnam mitiorem converti possit, Dissensio est inter JCtos Scabinatus Lipsiensis, adfirmantibus Dn. Carpzov. p. 4. const. 47. definit. 13. Et prax. criminal. p. 3. quæst. 150. n. 7. Et Antecessores Academicos.*

AD THES. XXX.

IN FAMILIA PATER] At patri summum imperium improprie tribuitur, neque ergo habebit jus aggratiandi, nisi in delictis levibus, & ratione pœ-

narum

narum levium, quæ a patribusfamilias irrogari solent, quod tamen & ipsum erit improprie tale.

IN DELICTIS JURE NATURALI PROHIBITIS] Hoc ita indistincte non dixerim. Dictat equidem jus naturæ, delinquentem obligatum esse ad pœnam, dictat etiam delinquentes esse puniendos, sed ut ex hoc posteriori Princeps obligetur, distinguendum esse arbitror inter delicta, quæ immediate adversus Deum committuntur, & quæ immediate adversus homines. Illorum pœnam Princeps tanquam Dei in his terris vicarius in totum remittere non debet. Ratione horum vero iterum distinguendum erit: Vel enim horum pœnam lege positiva universali jam determinavit Deus, ut v. g. homicidii *Gen. 9.* vel non determinavit. In istis Princeps pœnam non potest remittere, imo ne quidem mitigare, cum hæc lex positiva ipso Principe sit superior, & ergo ne quidem ex causa honesta tam horum, quam delictorum in Deum immediate tendentium pœnam remittere valebit, secus ac auctor noster. At in his cum pœnæ determinatio Principi pro utilitate reip. facienda relicta sit, poterit utique Princeps pœnam remittere ex causa honesta, imo & ex mera gratia, i. e. etiamsi subditi causam, quæ Principem moveat, non videant, poterit tamen Princeps, cui determinatio utilitatis publicæ soli relicta est, salva conscientia delinquenti pœnam condonare, modo per hanc condonationem tranquillitas publica non directo turbetur. Quodsi enim turbetur, nec causæ, quas auctor dicit honestas, Principem a vitio liberabunt. Conf. Matth. *de crimin. L. 48. t. 19. c. 5. n. 841. seqq.*

LEGE MOSAICA] Si per legem Mosaicam auctor intelligit in specie legem Forensem Judæorum, concedo assertionem, cum lex ista certo saltem populo lata sit, adeoque Principes non stringat. Poterunt ergo Principes nostri pœnam delicto alicui ibi dictatam non solum mitigare, sed etiam, si utilitas reipubl. suadeat, exasperare. Conf. Grot. *de J. B. & P. L. 1. c. 1. §. ult.* (unde patet quid iis respondendum sit, qui ad ostendendam injustitiam suspendii furum ad legem Mosaicam provocant.) Sed videtur Auctor voce legis Mosaicæ in lata significatione uti, quatenus sub se comprehendit leges decalogi & legem positivam universalem, quas conjunctim sumtas & in oppositione ad legem forensem Theologi legis moralis nomine insignire solent. Quod itaque delicta hac lege morali prohibita spectat, verum quidem est, quod auctor dicit, jus Naturale nullius delicti pœnam determinare, adeoque dicendum videtur, Principem pro lubitu in omnibus delictis pœnam mitigare posse, quoniam determinatio omnis est ex lege positiva, Princeps autem legibus positivis solutus sit, & solo Juri naturali subjaceat. Sed ad hæc facilis est responsio: Principem solutum esse legibus positivis humanis, non vero divinis omnibus, excipiendam enim heic esse legem positivam universalem toti generi humano in primordio ejus promulgatam, qualem dari forte nemo Theologorum negaverit. Quapropter cum huic divinæ legi subjaceat Princeps, non poterit sine labe peccati, etiam ex causis *b. l.* ab Auctore recensitis pœnam delictis nonnullis aperte dictatam mitigare. Ejusmodi delictum est homicidium *Gen. 9* unde mores nostri consuetudinem istam pro irratio-

tionabili habent, qua permissum est homicidam a pœna capitali liberari, si fœmina quædam soluta ei nubere desideret. Sed an & adulterium ad hæc delicta spectat? Ita puto, præprimis quod adulterium cum alterius uxore attinet, ob textum *Levit. 18. v. 20. junct. 24. & 29.* Pro delicto tamen, cujus poena sola lege forensi Mosaica sit determinata, videtur habere Serenissimus *dec. nov. 84.* Dependet vero ex hujus quæstionis præjudicialis decisione definitio aliarum. Utrum nimirum recte poena adulterii (tam duplicati, quam simplicis, quatenus hoc inter solutum & conjugem alienam admittitur,) mitigetur ob intercessionem conjugis? *Conf. auctorem supra th. 5. in fine.* Utrum etiam recte in adulterio permittatur consvetudo, ut adulter solutus a fœmina ejus matrimonium desiderante liberetur? & quæ sunt quæstiones similes.

ANTECESSORES ACADEMICOS] Quæstionem propositam negantes. Quorum opinionem defendit Pinckelthus. *observ. pract. 49.* Sed confirmavit tamen Serenissimus sententiam Scabinatus *in resolut. gravam. tit. von Justitien-Sachen §. als auch diejenigen zum neun und funffzigsten.*

Pœna naturali delinquentis morte extinguitur.

XXXI. Extinguitur pœna morte naturali delinquentis, qua delictum omnimodo extinguitur, *ut nec adversus heredē agi possit, nisi quid ex causa delicti ad eundem pervenerit, aut lis cum defuncto contestata, l. 15. §. 3. ad Turp. l. 3. l. 6. de publ. jud. In civilibus. In criminalibus, etsi sit contestata; Modo reus nondum condemnatus, excepto crimine læsæ Majest. ex quo post mortem etiam inquiritur, mortuique fama damnatur, Et & casu, quo populariter quæstio pecunia ablata in judicium deducta, d. l. 15. §. 3. ad Turp. l. 2. si reus vel accus. mort.*

AD THES. XXXI.

IN CRIMINALIBVS ETSI SIT CONTESTATA] Adde omnino Struv. *exerc. 46. th. 96. 87.*

EXCEPTO CRIMINE LÆSÆ MAJESTATIS] Item crimine hæreseos, veneficii, aliisque quæ recenset Brunnem. *ad l. 1. C. si reum vel accus. mort.* cui adde omnino Ant. Matth. *l. 48. tit. 19. c. 3. §. 4. seqq. pag. 833. seqq.* Neque obstat, quod pœnæ constituantur in emendationem hominum, emendari autem qui mortuus sit, nequeat *l. 3. ff. de publ. jud. l. 3. pen. & ult. C. si reum vel accus. mortuum fuerit. l. 20. l. 26. ff. de pen. l. ult. ff. ad l. Jul. Maj. l. 1. in fin. ff. de requir. vel absent.* Matth. *d. l. §. 1. p. 835.* Distinguo enim inter pœnam emendatoriam & inter medicinalem seu exemplarem. Etsi post mortem, vel etiam per mortem is qui punitur emendari non possit, tamen per pœnas præcipue capitales exemplum statuitur, ut terreantur & emendentur alii, qui finis etiam in pœna, quæ fit in cadavera mortuorum delinquentium obtinetur,

Conf. Eckolt. *de Pen. §. 7.*

SOLI DEO GLORIA.



INDEX

INDEX I.

Quæstionum Practicarum, in quarum decisionibus dissentiunt JCti Saxonici, (ut & decisionum Electoralium, ad illarum dissensionum nonnullas,) quarum mentio fit tum in ipsis Strauchii dissertationibus, tum in annotatis ad easdem: secundum ordinem dissertationum.

* Decisiones nonnullas in textu Strauchiano & Notarum omissas hic apposuimus, vide quæst. 8. 28. 35. 47. & 67.

fectione inventarii possit repudiari? Annot. ad Diss. 9. th. 44. p. 246. *ubi* DECIS. LVII.

XXIIX. *An fratres & sorores sibi invicem teneantur ad inventarium, vel juratam specificationem edendam. Annot.* ad Diss. 9. th. 45. p. 246. *Hanc quæstionem definit* DECIS. LVI.

XXIX. *An cesset Falcidia, si eam testator expresse prohibuerit? Aut.* Diss. 10. th. 19. p. 265. *Annot.* ibid. *ubi* DECIS. XLIII.

XXX. *An Falcidia cesset, si hares in legatis ad piam causam moram commiserit? Aut.* Diss. 10. th. 19. p. 265. *Annot.* ibid.

XXXI. *An in Codicillis cuni octo testes requirantur? Aut.* Diss. 10. th. 23. p. 270. *Annot.* ibid.

XXXII. *An de Jure Civili inter ascendentes fiat successio juxta distinctionem bonorum? Aut.* Diss. 11. th. 23. p. 286. *Annot.* ibid.

XXXIII. *An de Jure Civili cum Patre in successionibus ab intestato concurrat frater consanguineus, cum matre uterinus? Aut.* Diss. 11. th. 24. p. 286. *Annot.* ibid.

XXXIV. *An in successione ab intestato fratres unilaterales patruum germanum excludant de Iure Saxonico communi? Annot.* ad Diss. 11. th. 27. p. 290.

XXXV. *Jure Electorali quam partem vidua pastoralis de annona gratiosa accipiat? an semissem? an trientem? an portionem virilem? Annot.* ad Diss. 11. th. 31. p. 297. *Hanc quæstionem definit*, DECIS. XLIIX.

XXXVI. *An uxor post mortem mariti Iure Saxonico æstimationem dimidiæ partis donorum nuptialium consumtorum petere possit? Annot.* ad Dissert. 11. th. 31. p. 297. *ubi* DECIS. LI.

XXXVII. *An uxor ubi non sunt alia bona, iure Saxonico de mobilibus testari possit. Aut.* Dissert. 11. th. 31. p. 295. *Annot.* ibid. p. 297.

XXXIIX. *An agnati obligentur ad dotalitium constituendum, si uxor nobilis nulla vivente marito dote promissa eam post mortem ejus constituere, & solvere polliceatur? Aut.* Diss. 11. th. 31. p. 296. *ubi* DECIS. LV.

XXXIX. *An agnati obligentur ad dotalitium constituendum, si uxor vivente marito certam dotem promiserit & post mortem eam cum usuris offerat? Annot.* ad Dissert. 11. th. 31. p. 299. *ubi* DECIS. LV.

XL. *An in bonis immobilibus succedatur secundum statuta loci, in quo sita sunt ubicunque locorum defunctus domicilium habuerit? Autor* Diss. 11. th. 32. p. 299. *ubi* DECIS. LIV.

XLI. *An filius debeat conferre sumtus studiorum, si pater eos consignaverit? Aut.* Dissert. 11. th. 45. p. 308. *Annot.* ibid. *ubi* DECIS. L.

XLII. *An Iure Saxonico mulier maritata solo mariti consensu absque peculiaris curatoris autoritate valide contrahat & bona immobilia alienet? Aut.*

dere debeat reliquos. *Autor* Dissert. 28. th. 19. p. 743. *Annot.* ibid. p. 746. *ubi* DECIS. X.

XCII. *Utrum annus debitori ad reluitionem pignoris indultus civiliter an Saxonica computatione computandus sit?* *Autor* Dissert. 28. th. 21. p. 746. *ubi* DECIS. XI.

XCIII. *An exceptio non secuta versionis in utilitatem Reip. executionem impediat?* *Autor* Dissert. 28. th. 21. p. 747. *ubi* DECIS. XVI.

XCIV. *An restitutio in integrum admittenda, executione inchoata, sed nondum finita?* *Autor* Dissert. 28. th. 21. p. 747. *ubi* DECIS. XV.

XCV. *An executive agi possit ex instrumento, quod paratam executionem non habet?* *Autor* Diss. 28. th. 23. p. 748. *Annot.* ibid.

XCVI. *In processu executivo an per probationes & reprobationes sit procedendum an per solam recognitionem?* *Autor* Dissert. 28. th. 26. p. 749. *ubi* DECIS. XII.

XCVII. *An abscissio linguæ blasphemis olim dictata hodie in provinciis Saxonicis adhuc frequentetur?* *Autor* Dissert. 29. th. 3. p. 752. *ubi* DECIS. LXXV. *Annot.* ibid. p. 754.

XCIIX. *An maritus cum uxore aliena ab alio prius adulterata, rem habens ordinaria pœna an mitiori plectendus sit?* *Aut.* Diss. 29. th. 5. p. 759. *ubi* DECIS. LXXXII.

XCIX. *An maritus cum meretrice vulgari adulterium committens, pœna ordinaria plectendus sit?* *Annot.* ad Dissert. 29. th. 5. p. 759. *ubi* DECIS. LXXXIII.

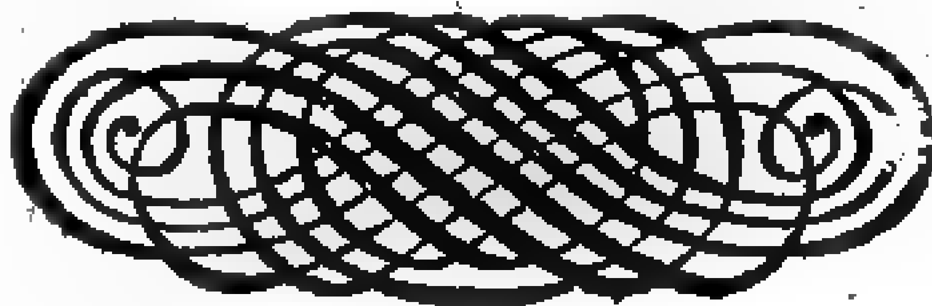
C. *An præscriptio quinquennii Iure Saxonico in adulterio adhuc obtineat?* *Autor.* Dissert. 29. th. 5. p. 760. *ubi* DECIS. LXXXIV. *Annot.* ibid. p. 762.

CI. *An eadem præscriptio adhuc obtineat in adulterio duplicato?* *Autor* Dissert. 29. th. 5. p. 761. *Annot.* ibid. p. 762.

CII. *Si uxor pro marito adultero intercedat sub hac conditione, si maritus magistratus permissu possit in pristino domicilii loco commorari, an tunc intercessio ista conditionalis in puram resolvenda sit ita, ut maritus a pœna ordinaria liberetur, uxor autem marito relegando cohabitare cogatur?* *Annot.* ad Dissert. 29. th. 5. p. 762.

CIII. *An uxoris intercessio maritum adulterum liberet etiam eum, qui duplicatum adulterium commisit?* *Autor* Dissert. 29. th. 5. p. 761. *Annot.* ibid. p. 762.

CIV. *Si infans expositus vivus & incolumis reperitur, qua pœna personæ exponentes plectendæ sint.* *Autor* Dissert.



INDEX II.

Digitized by Google

INDEX II.

DECISIONUM ELECTORALIUM.

Index præcedens monstravit decisiones novissimas Electorales secundum ordinem dissertationum. Præsens monstrabit eas secundum ordinem decisionum & supplebit Decisiones ab Autore, & in Notis omissas.

* A denotat Autorem: N. Notas. Quarum Decisionum mentio fit vel in Autore vel in notis, eæ saltem tribus numeris hic indicantur, quorum primus Dissertationem, secundus thesin, tertius paginam significat. Quarum autem Decisionum quæstiones saltem in Autore, vel notis propositæ sunt, ipsa additione decisionum omissa, eæ hic denotantur per voces: *spectat ad &c.* Ubi & quæstio & decisio utrobique non fuit memorata, denotatur per verba: *potest referri ad &c.*

INDEX III.

Titulorum Universorum ex Pandectis.

Quoniam enim Autor proposuit sibi Universum Jus Justinianium privatum proponere, ideo visum est in usum eorum, qui Autori forte Commentatorem aliquem ad Pandectas jungere velint, præsenti Indice ostendere, ad quam Autoris Dissertationem, quam prior numerus, ac thesin, quam posterior designat, singuli Digestorum tituli referri possint vel debeant.

LIB.

LIB.

T. 9.

T. 5.

Digitized by Google

Digitized by Google

Lib. XLIV.

Lib. XLV.

Lib. XLVI.

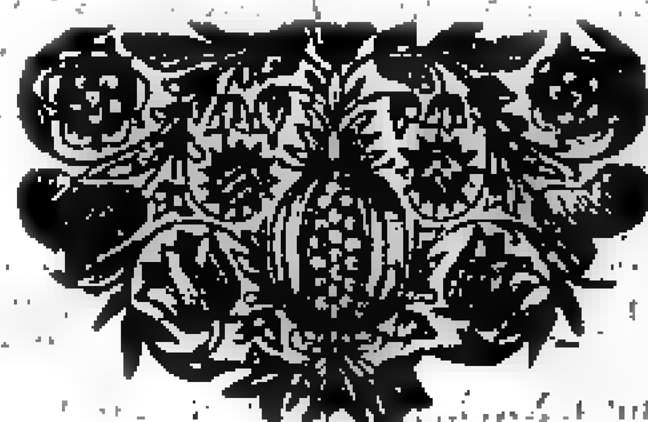
Lib. XLVII.

T. 15.

Lib. XLVIII.

Lib. XLIX.

1. Vides singulos pandectarum titulos ad suum locum relatos exceptis Lib. 39. tit. 4. Lib. 49. tit. 14. 15. 16. 17. 18. & Lib. 50. tit. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 14. 15. 16. 17. quia nimirum hi spectant ad jus publicum, Autor vero privatum saltem proponere voluit.



INDEX IV.

INDEX IV.

Legum Explicatarum & Conciliatarum, emaculatissimus, in gratiam juris Studiosorum obscuras leges intelligere vel pugnantes conciliare volentium, adjectus.

INDEX IV.

L. 72.

Digitized by Google



INDEX V.

INDEX V.

Rerum & Verborum.

Notabit B. L. quod primus numerus designet Dissertationes, alter aphorismos, & tertius paginam; litera A. vero Annotationes.

A.

Digitized by Google

an

 ejus

Am-

As

 po-

Con-

que-

Digitized by Google

actio

Digitized by Google

Digitized by Google

E.

Effu-

dis-

an

Ge-

Digitized by Google

Digitized by Google

toru-

Ju-

Lau.

Digitized by Google

 cti

omni-

 Sti-

N.

nec

Nun-

Per

O.

Digitized by Google

 Em-

Pa-

Google

quan-

non

Mmmmmm quo-

Digitized by Google

Digitized by Google

quid

Digitized by Google

Rho-

Digitized by Google

qua-

usu

qui

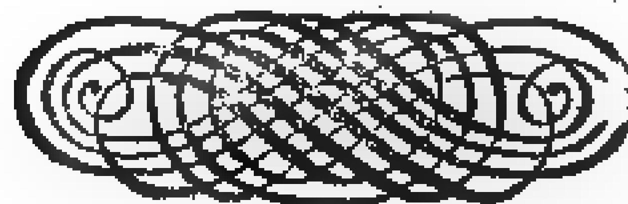
testes

Qua-

Digitized by Google

 tem-

FINIS.



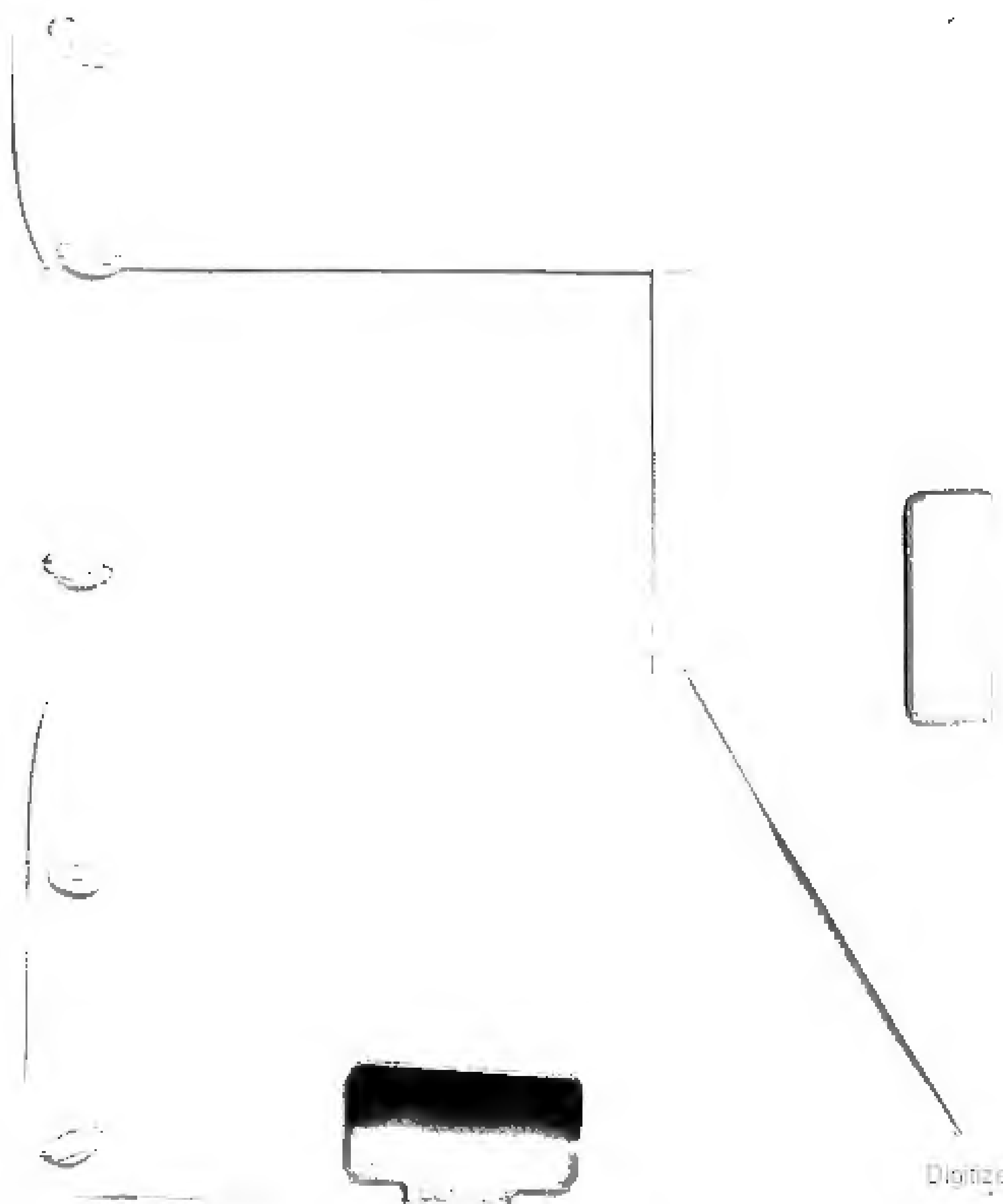
[illegible] Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

005664442 Digitized by Google



Digitized by Google



Google